

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

DE

# L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

DE LA FEMME MARIÉE

SUR LES CONQUÊTS DE COMMUNAUTÉ

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*Le samedi 21 juin 1913, à 8 h. 1/2 du matin*

PAR

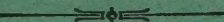
**Pierre OUDINOT**

Lauréat de la Faculté de droit  
Avocat à la Cour d'appel

---

*Président : M. LYON-CAEN, professeur.*

*Suffragants* { *MM. WAHL, professeur.*  
*BERNARD, agrégé.*



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

**RECUEIL SIREY**

*22, rue Soufflot, PARIS-5<sup>e</sup>*

**L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs**

—  
1913



**THÈSE**  
**POUR**  
**LE DOCTORAT**

La Faculté n'entend donner aucune approbation  
ni improbation aux opinions émises dans les  
thèses ; ces opinions doivent être considérées  
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

DE

# L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

DE LA FEMME MARIÉE

SUR LES CONQUÊTS DE COMMUNAUTÉ

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

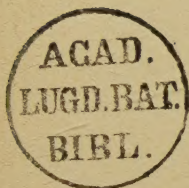
*Le samedi 21 juin 1913, à 8 h. 1/2 du matin*

PAR

**Pierre OUDINOT**

Lauréat de la Faculté de droit  
Avocat à la Cour d'appel

---



*Président : M. LYON-CAEN, professeur.*

*Suffragants* { *MM. WAHL, professeur.*  
*BERNARD, agrégé.*

---

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5°

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1913



A MON PERE



## PRÉFACE

Nous nous sommes efforcés, dans ce travail, de donner un exposé systématique, clair et précis de l'objet dont nous avons entrepris l'étude. Nous nous sommes attachés à ce qu'il fût au courant des progrès du droit, et nous avons tenu tout particulièrement à étudier la répercussion possible de la loi du 13 juillet 1907 sur la matière. Nous avons voulu enfin ne pas avoir seulement pour préoccupation le régime de communauté pur et simple ; nous avons également envisagé la question en présence du régime constitué par l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal.

Nous remercions ici notre maître M. Lyon-Caen des conseils bienveillants et de la direction attentive qu'il nous a constamment prêtés, au cours de nos recherches ; nous n'oublions pas combien ils nous ont été utiles et précieux ; nous n'oublions pas de quel secours nous ont été son expérience et son autorité.



DE  
L'HYPOTHÈQUE LÉGALE  
DE  
LA FEMME MARIÉE  
SUR LES CONQUÊTS DE COMMUNAUTE

---

INTRODUCTION

I. — L'article 2121 du Code civil reconnaît à la femme mariée une hypothèque légale sur les biens de son mari. C'est la contrepartie des droits très étendus que la loi, sous presque tous les régimes, accorde à celui-ci sur la fortune de la femme. Pour ne considérer que le régime de communauté, il est d'évidence que la gestion du mari ne sera pas toujours parfaite ; il pourra quelquefois se révéler administrateur infidèle ou maladroit.

Quelles que soient d'ailleurs les clauses du contrat de mariage adopté, la femme se trouvera dans l'impossibilité morale de stipuler des garanties soit

avant, soit après le mariage, pour les créances qu'elle peut acquérir contre son mari. Aussi fallait-il que la femme disposât d'une sûreté qui lui fût donnée de plein droit, sans qu'elle eût à la demander. C'est pourquoi la loi a sous-entendu une hypothèque légale à son profit, sous tous les régimes matrimoniaux.

On a remarqué que la sûreté dont dispose la femme mariée n'est que très insuffisante. En droit romain, l'hypothèque portait sur les meubles comme sur les immeubles, et de la sorte la femme était très bien protégée. Mais de nos jours il n'en est plus ainsi, puisque l'hypothèque, si ce n'est très exceptionnellement, est purement immobilière. En conséquence, on ne peut parler de protection efficace que dans l'hypothèse où le mari possède des immeubles ; sinon le système légal est illusoire.

On peut se demander toutefois si la sûreté reconnue à la femme n'est pas plus étendue qu'on ne pourrait le croire au premier abord. Sans doute, l'article 2121, 1<sup>o</sup> ne donne, comme assiette de l'hypothèque en cause, que les biens du mari (1). On a cependant cherché à savoir, depuis longtemps, si celle-ci ne pourrait s'étendre aux conquêts de communauté. C'est là l'objet précis de notre travail. Il est entendu que,

1. Art. 2121 du Code civil : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont : ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari... »

sous le nom de « conquêts », on entend, sous un régime de communauté, les biens immeubles faisant partie de l'actif commun.

II. — Il est maintenant très communément admis que l'hypothèque légale de la femme porte sur les conquêts ; on a cependant fait valoir en faveur de l'opinion contraire deux considérations principales.

On a dit tout d'abord : la communauté est une société de biens, présentant un caractère tout spécial, il est vrai. Comprend-t-on cependant que, dans une société, l'un des associés puisse avoir hypothèque sur les biens indivis ? Voilà bien une situation anormale, d'autant qu'aujourd'hui on ne soutient plus qu'il existe entre les deux époux une personne morale interposée, propriétaire des biens communs durant la communauté.

On a dit en second lieu (1) : la question du droit hypothécaire de la femme sur les immeubles de communauté étonne au premier abord. L'article 2121 du Code civil dit que la femme a une hypothèque légale *sur les biens de son mari*, entendez ses biens propres. Or les conquêts sont de nature très spéciale. Ce sont des éléments de l'actif commun et non des biens propres au seul mari. L'article 2121 semble donc écarter toute controverse. Au surplus — comme le déclare Laurent en propres termes — la femme peut-elle avoir

1. Laurent, t. 30, n° 368.

hypothèque sur des biens dont elle est copropriétaire ?

Nous montrerons que ces observations n'ont pas toute la valeur qu'elle paraissent présenter au premier abord. Signalons, dès à présent, que la remarque de Laurent est détruite par ce fait que, pour trancher le problème, il est nécessaire de faire intervenir les règles concernant l'acceptation et la renonciation de la communauté de la part de la femme. Et c'est là précisément une complication de la matière que d'avoir à tenir compte non seulement des principes du régime hypothécaire, mais encore de ceux qui dominent le régime de communauté. Or, si l'on fait ainsi, on observera que pour répondre à la question que nous nous sommes posée, on doit se placer généralement non pas au moment où la communauté fonctionne, mais à l'époque où celle-ci est dissoute. C'est juste l'instant où le caractère commun des conquêts est aboli :

1° En cas de renonciation de la femme, par l'effet de la fiction d'après laquelle la femme est réputée n'avoir jamais été commune ;

2° En cas d'acceptation de sa part, par suite de l'effet déclaratif du partage.

En ce qui concerne cette dernière hypothèse, il est bon d'introduire une restriction pour éviter tout malentendu. Cette réserve est la suivante : si nous admettons que l'article 2121 du Code civil ne comporte pas une interprétation étroite, mais une interprétation

large, extensive, il est bien certain, dans l'hypothèse où les biens communs n'ont pas été grevés de droits réels, que l'hypothèque légale de la femme mariée ne peut porter, si elle accepte, sur les biens qui représentent sa part indivise durant la communauté. Car en vertu de l'effet déclaratif du partage ces biens sont censés avoir toujours été sa propriété ; et c'est un principe qu'on ne peut constituer hypothèque sur soi-même. Notre recherche se restreindra donc alors au point de savoir si cette hypothèque peut porter sur ce qui représente la part indivise du mari.

III. — La question que nous nous proposons d'examiner présente un intérêt qu'il est facile d'apercevoir, car elle touche les deux catégories de personnes auxquelles l'exercice de l'hypothèque profite ou nuit.

La première catégorie de personnes à considérer comprend la femme elle-même et les cessionnaires ou subrogés à son hypothèque légale.

Pour la femme en effet, il est clair que la sûreté dont elle dispose constituera une protection plus ou moins efficace, suivant qu'elle s'étendra ou non aux conquêts de communauté. C'est envisagé sous cet aspect que notre question présente tout son intérêt. Car, sans conteste, ce sont les droits de la femme ou plutôt la protection que ces droits peuvent recevoir qui doivent, au cours de cette étude, être notre préoccupation première.

A côté de ce premier intérêt de notre sujet, qui a trait au titulaire habituel, normal de l'hypothèque légale dont nous nous occupons, à savoir la femme mariée, il y a d'autres intérêts que nous devons signaler brièvement.

C'est ainsi, qu'en seconde ligne, la solution des difficultés auxquelles donnent lieu notre sujet importe beaucoup aux créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme mariée, car l'étendue de leurs droits variera suivant la doctrine professée en notre matière.

Dans une seconde catégorie, les tiers acquéreurs ou les créanciers hypothécaires qui ont acquis des droits réels du chef du mari, administrateur de la communauté durant le mariage, sont intéressés à notre question et aux réponses qui lui ont été données. Ils ne peuvent être indifférents à ce fait que, suivant les uns, ils devront subir l'exercice de l'hypothèque légale de la femme ou qu'au contraire, suivant les autres, ils n'ont nulle crainte à avoir de ce chef.

Il n'est pas jusqu'aux créanciers du mari, titulaires d'une hypothèque générale antérieure au mariage, auxquels il n'importe de savoir en quel sens se résout la controverse qui nous occupe. Il se peut en effet, si le droit de la femme s'étend aux conquêts, qu'elle les prime par son rang sur ceux-ci ou, qu'à l'inverse, ils n'aient pas lieu de se préoccuper d'elle.

A ces intérêts, il faut joindre enfin celui que présentent toutes les questions se rattachant à l'hypothèque légale de la femme mariée. La façon dont on les résout est déjà l'indice de l'opinion que l'on peut avoir, d'une façon plus générale, sur cette hypothèque et sur son bien fondé.

IV. — Notre sujet n'est pas nouveau. On peut même dire qu'il constitue un sujet traditionnel. Nos anciens auteurs l'ont étudié et résolu, souvent de façon différente, comme nous le verrons d'ailleurs. D'autre part, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, il a préoccupé un assez grand nombre d'auteurs ayant écrit depuis le Code civil. Ils ont en général fort bien vu le problème tel qu'il se posait.

Cependant il nous a semblé qu'une nouvelle étude pouvait se justifier aujourd'hui.

Tout d'abord, il nous a paru légitime de présenter un exposé d'ensemble sur un sujet qui n'a pas été traité, avec quelque développement, depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle; d'autant qu'il y avait à chercher si la jurisprudence belge et la jurisprudence des pays rhénans avaient eu à trancher les mêmes difficultés, tant qu'elles ont eu à appliquer le Code Napoléon. Jusqu'à présent en effet, cela n'avait pas été fait.

En second lieu, lorsqu'on prend connaissance des ouvrages sur la matière, on ne peut qu'être frappé de la façon dont le problème est toujours envisagé. Il n'est, à tout prendre, considéré et résolu qu'en

présence d'une hypothèse unique. On suppose toujours que le régime matrimonial des époux est le régime de communauté. On ne paraît pas songer qu'il y a tout au moins une autre éventualité à prévoir : celle où une société d'acquêts est adjointe au régime dotal. Nous avons voulu, en entreprenant ce travail, considérer successivement ces deux hypothèses. La dernière est aussi intéressante que la première, car elle montre comme l'intervention des principes du régime dotal apporte de modifications aux solutions reçues dans le régime de communauté pur et simple.

Enfin, depuis que la loi du 13 juillet 1907 est intervenue, il y a lieu de se demander si elle n'a pas eu une répercussion sur le sujet que nous avons en vue. Nous avons voulu indiquer les difficultés qui pouvaient se présenter à cette occasion et donner notre opinion personnelle sur un point qui ne semble pas avoir jusqu'à présent attiré l'attention.

V. — Il nous reste à marquer la façon dont la question se présente.

On pourrait croire que nous avons d'abord une question préjudicielle à résoudre : celle de savoir si l'exercice de l'hypothèque légale est possible sur les conquêts. Mais en réalité, cette question ne soulève pas de difficultés sérieuses. Elle est en tout cas résolue affirmativement tant par la doctrine que par la jurisprudence.

Et en effet, pourquoi l'hypothèque légale ne pourrait-elle s'exercer sur les conquêts ? Parce que ce sont des biens indivis, dira-t-on. Mais le caractère indivis d'un bien ne fait pas obstacle à ce qu'il soit susceptible d'hypothèque sur la part de l'un des indivisaires au profit de l'autre.

D'autre part, si l'on invoquait une raison de texte, elle serait insuffisante. Les conquêts sont biens du mari pour moitié seulement, cela ne fait pas de doute ; mais il va de soi aussi que l'hypothèque ne peut s'exercer sur eux que dans la mesure où ils lui appartiennent.

A vrai dire, pour empêcher l'exercice de l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts, il faudrait, comme certains auteurs l'on fait, se rallier à la thèse de la communauté, personne morale (1). Mais c'est là une opinion qui n'a plus beaucoup de crédit et dont on ne peut plus guère tirer argument à l'heure actuelle.

En conséquence, nous rangeant à l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence, nous tiendrons pour acquise la possibilité d'exercer hypothèque sur les conquêts, du chef du mari.

La présente étude n'aura donc pour objet que de déterminer *la mesure* dans laquelle cet exercice est possible.

1. V. Troplong. *Contrat de mariage*, t. III, n° 1646, p. 163.

A ce point de vue, deux situations différentes sont à examiner :

1° La situation juridique que l'on rencontre, lorsqu'on se trouve en présence d'un régime de communauté pur et simple ;

2° La situation juridique que l'on rencontre, lorsqu'on se trouve en présence d'une société d'acquêts adjointe au régime dotal.

Nous avons ainsi indiqué les deux parties principales de ce travail.

La première sera consacrée à l'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts dans le régime de communauté pur et simple.

La seconde, beaucoup plus brève, sera consacrée à l'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts dans le régime constitué par l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal.

Dans une troisième partie, nous nous réservons d'envisager la loi du 13 juillet 1907 et sa répercussion possible sur notre question. Bien qu'il s'agisse là d'un texte de droit positif, on ne peut indiquer ses effets que d'une façon assez succincte et dans les grandes lignes ; la loi dont il s'agit est encore trop récente pour qu'il en puisse être autrement. Il ne nous restera plus ensuite qu'à conclure.

## PREMIÈRE PARTIE

### RÉGIME DE COMMUNAUTÉ PUR ET SIMPLE

Il est nécessaire de considérer l'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts à deux moments différents : *durant* la communauté et *après* la dissolution de celle-ci.

A la vérité, nous ne suivrons pas ici l'ordre qui satisferait à une logique apparente, mais apparente seulement. Nous avons indiqué plus haut que le sort de l'hypothèque légale sur les conquêts était subordonné à la décision prise par la femme après la dissolution de la société conjugale. C'est donc à ce moment que nous nous placerons d'abord dans un titre 1<sup>er</sup>. Aussi bien, c'est là l'hypothèse normale.

En effet, la sûreté accordée à la femme est une garantie qui lui est donnée contre la mauvaise gestion de son mari. Or, à quelle époque cette garantie pourra-t-elle fonctionner ? A celle, évidemment, où l'on pourra connaître les résultats de l'administration maritale, autrement dit au moment de la dissolution de la communauté.

Toutefois — hypothèse exceptionnelle qui ne peut donc être étudiée qu'en second lieu par nous — il arrive que la femme bénéficie d'une collocation provisoire durant le mariage à raison de ce que, dans l'avenir et suivant le parti qu'elle prendra sur la communauté, elle pourra exercer, avec plus ou moins d'étendue, son hypothèque légale sur les conquêts. Nous aurons ainsi la matière d'un titre second. Au surplus, les solutions que nous exposerons là ne peuvent être bien comprises que si les difficultés faisant l'objet du titre premier se trouvent déjà résolues. Il y aurait dans cette considération une raison de plus — s'il en était besoin — pour justifier l'ordonnance de notre première partie.

## TITRE I

*De l'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts après la dissolution de la communauté.*

Ce titre 1<sup>er</sup> comportera deux chapitres : dans l'un nous examinerons la situation de la femme renonçante, dans l'autre celle de la femme acceptante. Nous prenons comme première hypothèse celle de la femme renonçante, parce qu'elle prête moins à controverse que l'autre, et qu'il est d'une bonne méthode d'aller du simple au complexe.

### CHAPITRE PREMIER

#### Femme renonçante

##### I. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE

Il faut en premier lieu supposer qu'à la dissolution de la communauté, les conquêts se trouvent encore dans la masse de l'actif commun. En d'autres termes, le mari n'en a pas disposé. Il s'agit de savoir si, en

présence de ce mari, l'hypothèque légale de la femme pourra s'exercer sur lesdits conquêts.

Il n'y a pas ici grande difficulté pour donner une réponse affirmative. Valette déclarait que, dans ce cas, les immeubles de communauté étaient grevés en entier de l'hypothèque légale, et il l'expliquait de la façon suivante : « La renonciation de la femme produit, relativement au droit de copropriété qu'elle avait sur les biens communs, les effets attachés à l'événement d'une condition résolutoire. Le mari retient tout ces biens, non en vertu d'un titre nouveau, mais à raison du droit originaire qui résultait pour lui d'une clause de son contrat : il conserve *jure non decrescendi* tout ce qui ne lui est pas enlevé (1). »

Pothier expliquait déjà en effet que la renonciation a pour effet d'exclure la femme ou ses héritiers des biens de la communauté. Il en résulte, ajoutait-il, que le mari ou ses héritiers en demeuraient propriétaires pour le total, *jure non decrescendi* (2).

De nos jours, on exprime ce résultat sous une forme un peu différente en parlant de la rétroactivité de la renonciation. On veut dire par là, qu'en vertu d'une fiction, la femme renonçante est réputée n'avoir jamais été commune, de même que l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785,

1. Valette, *Privil. et Hypothèques*, t. 1, p. 252, éd. de 1846.

2. Pothier, *Communauté*, n° 568.

C. c.). Les conquêts de communauté se confondent donc avec les biens personnels du mari, et la femme exerce son hypothèque sur les uns comme sur les autres.

Mais que l'on parle de condition résolutoire, comme les anciens auteurs, ou de rétroactivité de la renonciation, comme les modernes, c'est toujours exprimer la même idée. La seule différence est que ceux-là signalent la cause, tandis que ceux-ci se contentent d'indiquer l'effet.

Aussi bien on peut relever dans l'ouvrage de Pont, faisant suite à Marcadé, un passage significatif à cet égard : « La renonciation, *produisant les effets attachés à l'événement de la condition résolutoire* par rapport à son droit de propriété, il s'ensuit que le mari reste propriétaire en vertu de son titre originaire, *d'où la conséquence ultérieure que tous les immeubles sont désormais censés avoir été la propriété du mari*, et que ceux qui ont eu la qualité de conquêts sont, comme tous les autres, grevés de l'hypothèque légale donnée à la femme par la seule autorité de la loi (1). »

Aux yeux de Beudant, la question ne fait pas davantage difficulté. Les biens de la communauté, dit-il, restent tous biens du mari (1492 C. c.). Il est censé en avoir toujours eu la propriété. Donc l'article 2121

1. Pont, *Explic. du C. Nap.*, t. I, *privil. et hypoth.*, n° 521.

du Code civil s'applique. Et, dans son esprit, il y a si peu lieu à controverse qu'il se borne à indiquer la solution, à son avis incontestable, dans le cas où les immeubles existent encore aux mains du mari, lors de la dissolution de la communauté, et n'ont pas été hypothéqués par lui à d'autres (1).

Il serait superflu en effet de s'arrêter plus longuement sur un point aussi peu contesté, et nous devons plutôt considérer maintenant une seconde hypothèse dans laquelle la solution à donner a prêté à plus de discussions.

## II. — SECONDE HYPOTHÈSE.

Cette hypothèse est celle où les conquêts ont été aliénés, hypothéqués ou — d'une façon tout à fait générale — grevés de droits réels par le mari, avant la dissolution de la communauté, c'est-à-dire dans le temps de la société conjugale.

On voit ici combien le problème prend un tout autre aspect que précédemment. La femme ne se trouve plus en présence du mari seul, mais en présence de tiers qui ont acquis, du chef du mari, des droits réels sur les conquêts, pendant la durée de la communauté. L'effet rétroactif de la renonciation va-t-il être aussi

1. Beudant. *Cours de droit civil français, sûretés personnelles et réelles*, t. II, p. 157 et suiv., éd. de 1902.

absolu qu'auparavant, alors que le mari seul était en cause ? Ou bien n'y a-t-il pas lieu de restreindre la portée de cette rétroactivité ?

1° *Ancien droit.* — Les auteurs de l'ancien droit ne font pas toujours connaître leur avis en la matière avec toute la clarté et la précision convenables.

C'est ainsi que Bacquet (1) et Bourjon (2) affirment que l'hypothèque légale de la femme s'exerce sur les conquêts *aliénés* par le mari ; mais ni l'un ni l'autre ne parlent d'acceptation ou de renonciation. Ils se contentent de poser une solution, sans établir les distinctions nécessaires, et par conséquent il n'est pas permis à l'interprète de prétendre déduire de tel et tel passage de leurs œuvres une opinion tout à fait nette, indiscutable, dans un sens ou dans l'autre.

Il n'en est pas de même de Renusson et de Lebrun. Ceux-ci d'ailleurs, à l'inverse de Bacquet et de Bourjon, ne donnent pas une solution sans envisager le parti que prendra la femme à la dissolution de la communauté ; mais au contraire ils ne considèrent que l'hypothèse dont nous nous occupons : celle d'une renonciation émanant de la femme.

Quel est donc l'avis de ces deux auteurs ?

Si nous nous reportons tout d'abord à Renusson (3),

1. Bacquet. *Dr. de justice*, chap. XV, n° 42.

2. Bourjon, *Dr. commun*, t. I, p. 671.

3. Renusson. *Communauté*, 2, 3, 44, p. 138

nous lisons que la femme « peut agir contre l'acquéreur et qu'elle est bien fondée à demander que l'héritage qu'il possède soit déclaré affecté et hypothéqué à ses deniers dotaux, douaire et autres conventions matrimoniales. »

Cela revient à dire que l'hypothèque de la femme porte même sur les conquêts aliénés.

Renusson en donne la raison. La femme, déclare-t-il, a hypothèque pour les deniers dotaux et autres conventions matrimoniales sur les biens du mari, présents et futurs ; et cette sûreté lui est acquise du jour de son contrat de mariage. Or cette hypothèque a frappé les conquêts, maintenant aliénés, du moment où ils sont entrés en communauté. *En vertu du droit de suite* qui est une de ses caractéristiques, elle continue donc à grever lesdits biens en quelques mains qu'ils passent.

Le parti auquel s'arrête Renusson dans le cas de la femme renonçante est, à notre sens, le meilleur. Il est bien vrai de dire, selon nous, qu'elle a hypothèque sur les conquêts même grevés de droits réels.

Toutefois, nous contestons la justification que donne Renusson à l'appui de son opinion, car elle ne nous paraît pas exacte.

En effet, ce qu'il dit du droit de suite attaché à l'hypothèque peut être répété quand la femme accepte, et cependant elle sera primée alors par les tiers qui ont acquis des droits du chef du mari, pendant la du-

rée de la communauté. Car la femme est considérée comme tenue en vertu des pouvoirs appartenant au mari commun en biens sur les conquêts.

C'est précisément cette assimilation entre l'hypothèse de la renonciation et celle de l'acceptation qu'invoque l'acquéreur dont parle Renusson dans un passage précédant celui que nous avons cité. Dans les deux cas, dit l'acquéreur, la femme doit subir les effets des actes de disposition accomplis par le mari pendant la communauté en vertu des pouvoirs que lui confère le régime matrimonial. Renusson ne voit pas que ce qu'il dit du droit de suite attaché à l'hypothèque ne réfute pas cet argument.

Ce qu'il faudrait opposer à l'acquéreur, c'est l'effet rétroactif de la renonciation en raison duquel on ne doit pas tenir compte du fait que la communauté a existé. Tout doit se passer comme si les époux n'avaient pas été communs en bien ; la femme n'est pas liée par les actes de disposition de son mari.

Quoi qu'il en soit, Renusson admet parfaitement l'existence de l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts.

Il semble bien que, de son côté, Lebrun (1) partage cet avis.

Sans doute, il fait valoir tout d'abord, sous le chef « moyens du détenteur », l'intérêt du crédit du mari

1. Lebrun. *Communauté*, éd. posthume de Hideux, p. 501 et s.

et de la communauté. Il fait dire au détenteur qu'il serait à ce point de vue désirable que les conquêts soient libres de la sûreté réelle accordée à la femme. La communauté n'est-elle pas une espèce de société où la femme est représentée par le mari et liée par ses actes ? Et ce sont bien là, sans contredit, toutes considérations impliquant que la rétroactivité de la renonciation n'efface pas l'existence de la communauté. Opinion qui, nous l'avons indiqué plus haut, était également celle de l'acquéreur de Renusson.

Mais, un peu plus loin, Lebrun énumère les arguments que la femme peut opposer à son contradicteur. Et il est aisé de voir dans le paragraphe intitulé « réponses aux objections », qu'il donne ici la doctrine qui lui paraît préférable.

S'il soutient cette thèse, c'est que la renonciation de la femme lui paraît devoir produire un effet rétroactif très étendu. Citons notamment ce passage : « Que si la femme a un droit habituel en la communauté pendant l'acquisition et la vente, ce droit, quand une fois elle renonce à la communauté, ne l'engage pas à garantir l'acquéreur au contrat duquel elle n'a point parlé, et par conséquent ne l'empêche pas d'exercer les hypothèques sur les héritages qu'il a acquis après qu'elle a une fois renoncé à la communauté ; *car la renonciation efface toute impression de ce droit habituel* (1). » Les derniers mots de cette citation sont

1. Lebrun, œuvre citée, p. 503.

tout à fait caractéristiques. Si la femme renonce, les conquêts deviennent acquêts au mari et tout se passe comme s'ils l'avaient toujours été. Le mari a donc toujours été propriétaire des conquêts, dont l'hypothèque de la femme s'exerce sur eux.

A l'autorité de Renusson et de Lebrun, on peut ajouter celle de Duplessis (1) déclarant que la femme a hypothèque sur les conquêts pour moitié si elle accepte, *pour le tout si elle renonce*.

C'est là ce qu'on peut trouver de tout à fait net et précis, dans l'ancien droit, sur le point qui nous occupe. Et il faut — pour signaler d'autres développements sur cette question — entreprendre l'étude des auteurs qui ont écrit sous le Code aussi bien que celle de la jurisprudence.

2° *Opinion communément admise par les auteurs qui ont écrit sous le Code.* — L'opinion dominante, parmi les auteurs, est la suivante : lorsque la femme renonce à la communauté, en vertu de la fiction de rétroactivité de la renonciation, elle est censée n'avoir jamais été commune en biens. En d'autres termes, elle doit être considérée comme n'ayant jamais participé à une société de biens avec son mari. Dès lors, toute différence, au point de vue de l'hypothèque légale, disparaît entre les conquêts et les immeubles propres au mari. Ceux-là doivent être réputés avoir

1. Duplessis. *Communauté* 1, 1, p. 402 et 403.

toujours été la propriété du mari depuis le jour où ils ont été acquis par la communauté. La femme peut donc exercer, sans limitation, son hypothèque légale sur les conquêts.

De la sorte, elle pourra opposer les droits résultant de la sûreté que lui reconnaît la loi aux créanciers chirographaires et hypothécaires du mari, et cela sur les immeubles qui composaient la communauté au jour de sa dissolution. De la sorte, elle pourra encore exercer son hypothèque à l'encontre des tiers acquéreurs d'immeubles aliénés régulièrement par le mari durant la communauté, en sa qualité d'administrateur légal. Ce qui revient à dire que l'effet rétroactif de la renonciation est *absolu*, en ce sens qu'il efface le fait même de l'existence de la communauté.

Pour qu'il en soit ainsi cependant, il ne faut pas que la femme ait concouru à la constitution d'hypothèque ou à l'aliénation ; car elle pourrait alors être considérée comme ayant donné renonciation tacite de son hypothèque légale en faveur du créancier hypothécaire ou de l'acquéreur.

Il faut en second lieu que, par le rang de son hypothèque, la femme prime le créancier hypothécaire ou l'acquéreur auxquels elle s'oppose. Mais ce n'est là au surplus que l'observation stricte des principes du régime hypothécaire.

Telle est, exprimée sous une forme condensée, l'opinion d'un grand nombre d'auteurs (1).

3° *Jurisprudence française.* — La jurisprudence, dans son ensemble, est dans le même sens (2).

Relevons entre autres l'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 9 novembre 1819 (3).

Il déclare que les conquêts de communauté vendus par le mari durant l'association conjugale, sont soumis à l'hypothèque légale de la femme en cas de renonciation par elle à la communauté.

Dans les motifs, il est dit notamment que tous les biens présents et à venir du mari sont soumis à l'hyp-

1, Toullier, XII, n° 305 ; Grenier, I, n° 248 ; Duranton, XIV, n° 519 et XIX, n° 330 ; Bertauld. *Hyp. lég. de la femme mariée sur les conquêts de la communauté*, n° 51 ; Gauthier. *Subrog. des pers.*, n° 590 et s. ; Troplong, II, n° 433 *ter* ; Pont, I, n° 521 et s. ; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*, X ; Aubry et Rau, par. 264 *ter*, texte et note 30, III, 4<sup>e</sup> éd., p. 225 et 5<sup>e</sup> éd., p. 334-335 ; Laurent, XXX, n° 271 ; Thézard, n° 98 ; Guillouard, II, n° 796 ; Beudant. *Suretés pers. et réelles*, II, n° 688 ; Planiol, II, n° 2826.

2. Angers, 26 août 1812. S. 13.2.38 ; Civ. cass., 8 nov. 1813. S. 20.1.120 ; Paris, 12 déc. 1816. S. 17.2.228 ; Orléans, 14 nov. 1817. S. 19.2.216 ; Civ. cass., 9 novembre 1819. S. 20.1.118 ; Rouen, 11 mars 1846. D. 46.2.182, S. 46.2.509 ; Req. 16 nov. 1847. D. 48.1.46, S. 48.1.25 ; Civ. rej., 4 févr. 1856. D. 56.1.61, S. 56.1.225 ; Bastia, 25 janv. 1862. D. 68.2.147, S. 62.2.458 ; Bordeaux, 28 juin 1870. D. 71.2.99, S. 70.2.326 ; Paris, 13 juin 1874 et civ. rejet., 26 janv. 1876. D. 76.1.62, S. 76.1.241 ; Paris, 6 juin 1882. S. 85.2.116 ; Pau, 23 juin 1884. D. 85.2.253 ; Trib. civ., Marseille, 23 juillet 1897 ; *Gaz. des Trib.*, 10 oct. 1897.

3. Devilleneuve. *Rec. des lois et arrêts*, t. VI, 1819-1821.

pothèque légale de la femme. Or, au nombre de ces biens sont les conquêts de la communauté, puisque la moitié en appartient actuellement au mari et que l'autre moitié peut lui appartenir éventuellement, si la femme n'accepte point la communauté, comme c'est le cas en l'espèce.

Ainsi la Cour de Cassation, dès cette époque, admet l'opinion que nous venons de donner plus haut comme étant celle d'un grand nombre d'auteurs en Doctrine. Si quelque doute pouvait subsister à ce sujet, il se dissiperait aisément en continuant la lecture de l'arrêt sus-indiqué :

« ... Si le mari a le droit de vendre cette espèce de biens durant la communauté sans le consentement de sa femme, ce droit est essentiellement subordonné à celui que l'article 1453 donne à la femme de renoncer à la communauté, si mieux elle n'aime l'accepter. Qu'il suit nécessairement de cet article, *qu'en cas de renonciation, les actes faits par le mari pendant la communauté lui demeurent exclusivement personnels, et ne peuvent conséquemment faire obstacle à l'hypothèque de la femme ni à son exercice.* »

Un commentaire est ici inutile. Si, en cas de renonciation, les actes faits par le mari pendant la communauté lui demeurent personnels et ne peuvent faire obstacle à l'hypothèque légale, c'est que tout se passe comme si la femme n'avait jamais été commune. Autrement dit, par la phrase que nous avons

soulignée, la Cour de cassation admettait et ne pouvait admettre que l'effet rétroactif *absolu* de la renonciation.

Depuis lors, elle a toujours maintenu son opinion. J'en donnerai comme preuve la décision rendue par la Chambre civile, le 26 janvier 1876 (1). D'après cet arrêt, la renonciation a un effet rétroactif. *Elle fait évanouir la communauté comme si elle n'avait jamais existé*. L'hypothèque légale de la femme atteint l'immeuble de même que s'il avait toujours appartenu au mari.

Et le jugement du tribunal civil de Marseille (2) qui, dans ses considérants, résume la théorie jurisprudentielle sur la matière, dit bien que — comme l'héritier renonçant — la femme renonçante est réputée n'avoir jamais été commune. Cette formule ne peut laisser de doute sur la portée très large que nos tribunaux accordent à la renonciation.

4° *Jurisprudence belge et jurisprudence des pays rhénans*. — En présence de cette solution adoptée par nos juges, il est intéressant de rechercher quelle est, et surtout quelle a été, l'opinion de la jurisprudence belge sur l'objet de ce travail. Car, jusqu'à la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire, c'était en Belgique, comme c'est encore en

1. Civ. rejet. 26 janv. 1876, D. 76.1.62, S. 76.1.241, note Labbé.

2. Trib. civ., Marseille 23 juillet 1897, *Gaz. des Trib.*, 10 octobre 1897.

France, l'article 2121 du Code civil, qui était en vigueur.

D'autre part, on pourrait se demander qu'elle a été la jurisprudence des pays rhénans sur cette question. Le droit français a été en effet appliqué dans les provinces rhénanes jusqu'en 1900.

Si l'on entreprend des recherches à ce sujet, on s'aperçoit que la question de savoir si l'hypothèque légale de la femme grevait les conquêts de communauté était controversée en Belgique et pour la même raison qu'en France. L'article 2121 du Code civil ne soumettant explicitement à l'hypothèque des femmes mariées *que les biens de leur mari*, nos voisins devaient naturellement se demander, comme nous l'avons fait nous-mêmes, si ce texte était d'interprétation stricte ou si, au contraire, il était permis de l'assouplir.

Mais, quoi qu'il en soit, l'opinion la plus accréditée se trouvait être que l'hypothèque de la femme grevait les conquêts.

Ainsi — solution de principe — il a été ainsi décidé que (1) les conquêts de communauté sont frappés de l'hypothèque légale de la femme, et que le mari ne peut demander la mainlevée de cette hypothèque, en se fondant seulement sur le droit que la loi lui accorde d'aliéner seul les biens de communauté.

1. Déc. adm. 14 janvier 1840. *Journal Enreg.*, n° 2269, *Rép. gén.* — Cf. Déc. adm. 16 mars 1850, *id.*, n° 4805, *Rép. gén.*

De même, il a été jugé que l'hypothèque légale de la femme mariée s'étendait, *sous l'empire du Code civil, tant sur la masse des biens qui composent la communauté que sur les biens personnels du mari* (1).

D'autre part, en ce qui concerne l'hypothèse spéciale qui nous occupe présentement, il a été jugé notamment que la femme renonçante conserve son hypothèque sur les acquêts aliénés comme sur les propres (2).

Il n'est pas inutile de signaler que, depuis la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, la controverse reste entière. Les articles 47 et 66 de la loi se servent en effet, comme l'article 2121, des expressions « bien ou immeubles de leurs maris », de sorte que le doute est toujours permis.

Il a été jugé néanmoins que la femme peut prendre inscription sur une maison bâtie par son mari sur un terrain qu'il a acheté durant le mariage et qui, dès lors, est un *acquêt* (3).

1. Cass., 27 juillet 1856 ; *Pas.*, 1856, p. 438.

2. Bruxelles, 26 juillet 1817 ; *Pas.* 1817, p. 473.

3. Civ., Anvers, 12 mai 1876 ; *Pas.*, 1877, p. 254.

Nous disons au texte que la femme « peut prendre inscription... ». En Belgique en effet, depuis la loi de 1851, l'hypothèque légale de la femme ne produit ses effets contre les tiers que par l'inscription. Elle a rang alors du jour de l'inscription, même lorsqu'elle est exercée pour des créances acquises plus tard. On l'appelle dans ce cas hypothèque *prépostère*, c'est-à-dire garantissant des créances qui ne sont pas encore nées.

Si l'on examine en second lieu la jurisprudence des pays rhénans, on constatera, comme précédemment, que la solution admise à l'égard de la femme renonçante est la même qu'en France. Les quelques arrêts que l'on puisse citer sont du tribunal de l'Empire de Leipzig. Ils sont par conséquent postérieurs à l'unification allemande.

Voici ce que Crome déclare : « Les femmes mariées ont ce droit de gage (Unterpfandsrecht), d'une part sur tous les immeubles de leur mari (voir cependant les art. 952 et 1054), d'autre part sur les immeubles qui appartiennent à la catégorie des acquisitions matrimoniales (conquêts) (1). »

Et il ajoute en note (2) :

« Si la femme renonce à la communauté (art. 1492), les conquêts doivent être regardés comme s'ils avaient fait partie, dès le début, du patrimoine propre du mari. Par suite, la femme a dans ce cas, sans aucun doute, l'hypothèque légale sur les conquêts et a droit, dans une procédure de collocation, à participer au partage du prix de vente... »

On peut citer, dans ce sens, la décision du tribunal de l'Empire (Reichsgericht) du 6 octobre 1882

1. Crome, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, 8<sup>e</sup> éd. (1894), t. II, p. 46.

2. *Ibidem*, note 22, p. 46-47.

et celle du 11 mai 1883 (1). La jurisprudence est constante depuis cette époque.

5° *Opinion dissidente de certains auteurs.* — Nous nous sommes contentés jusqu'à présent de donner, dans ses grandes lignes, la théorie qui représente l'opinion commune parmi les auteurs et qui, d'autre part, est celle que la jurisprudence a adoptée. Nous venons de le montrer précédemment.

Mais ce serait une erreur de croire que même dans l'hypothèse de la femme renonçante, celle qui cependant soulève le moins de difficultés, l'opinion sur notre matière soit unanime. Il y a là, comme ailleurs, des dissidences que nous devons maintenant signaler.

La thèse de certains auteurs en effet est la suivante ; il est erroné et contraire aux principes de soutenir que la femme, même au cas de renonciation, peut exercer son hypothèque légale sur les conquêts, au préjudice des tiers acquéreurs ou des créanciers qui ont acquis des droits hypothécaires, du chef du mari, pendant le mariage. Car l'hypothèque de la femme renonçante serait alors contraire à la liberté d'action que la loi assure au mari sur l'actif social, à ses pouvoirs d'administration sur la communauté en un mot. N'est-il pas maître des conquêts comme de tous biens

1. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, t. VII, n° 86, p. 293 et t. IX, n. 86, p. 307.

composant l'actif de la société conjugale ? Le mari n'a-t-il pas reçu en fait le pouvoir de disposer sans contrôle des biens communs, pourvu que ce fut à titre onéreux ? Un tel pouvoir n'est-il donc pas incompatible avec l'exercice de l'hypothèque légale sur les mêmes biens ?

Les partisans de cette opinion ne s'aperçoivent pas qu'ils commettent une confusion déjà signalée par certains auteurs de l'ancien droit. Ils ne peuvent soutenir l'argumentation que nous résumons plus haut qu'en confondant les pouvoirs d'administration du mari durant la communauté et les droits des époux à la dissolution du mariage. Bourjon notamment mettait bien en garde contre cette erreur : « C'est en vain que quelques-uns opposent que la coutume constitue le mari maître des conquêts, et que c'est affaiblir cette puissance que de faire influencer l'hypothèque de la femme sur iceux ; cette puissance ne s'entendant que *relativement aux droits de la femme sur la communauté, et non par rapport à ses autres droits et créances*. Soutenir le contraire, c'est vouloir ajouter à la coutume et changer sa disposition... (1) »

L'idée de Bomjon se comprend sans peine. Dire que le mari est maître des conquêts, cela veut dire de nos jours que le mari, *pendant la communauté*, en a la libre administration, s'il n'en est plus pro-

1. Bourjon, *Droit commun*, t. I, p. 671.

priétaire pur et simple comme dans l'ancien droit. Mais il ne s'ensuit pas que la femme, copropriétaire des biens communs pendant la durée de l'association conjugale, n'ait pas en renonçant la possibilité d'exercer ses reprises sur les conquêts, alors que la communauté est dissoute.

On peut dire en effet : pourquoi le droit d'aliéner et d'hypothéquer les conquêts, qui appartenait au mari, administrateur légal, s'opposerait-il à l'exercice de l'hypothèque légale de la femme ? Sans doute, l'existence de cette hypothèque est une gêne, un obstacle à la liberté d'action du mari. Ce n'est pourtant pas là une raison suffisante. Peut-on prétendre que le mari n'ait pas sur ses biens propres des droits aussi étendus que sur ceux de la communauté ? Ces biens sont cependant grevés de l'hypothèque légale de la femme, sans que quiconque aperçoive là l'anéantissement du droit du propriétaire.

D'autre part, les hypothèques générales, antérieures au mariage, qui grèvent les biens du mari présents et à venir, s'étendent sur les conquêts. Va-t-on les effacer en arguant de la nécessité, pour le gérant social, d'avoir pleine liberté d'action ; ou alors, si l'on n'en fait rien, pourquoi agirait-on différemment à l'égard de l'hypothèque de la femme ?

Aussi bien, ainsi que Pont l'a très justement remarqué (1), la femme qui prétend exercer sur les

1. Pont. *Privil. et hypoth.*, t. I, p. 524, éd., de 1859.

conquêts le droit résultant de l'hypothèque légale n'infirme en aucune manière les affectations que le mari a pu consentir en faveur d'autres créanciers. Elle considère ces affectations comme valables, elle reconnaît que les droits réels consentis par son mari devront primer la sûreté que lui reconnaît la loi, s'ils sont antérieurs à la date où son hypothèque légale a pris naissance.

Ce que la femme veut seulement faire reconnaître au tiers acquéreur ou créancier, c'est que, de son côté, elle est *créancière*. Le tiers auquel elle s'oppose invoque, il est vrai, une convention lui donnant une hypothèque ou tout autre droit réel contre le mari. Mais, à son tour, elle a, en vertu d'un texte de loi formel, une hypothèque à raison de ses reprises contre ce même mari. Elle ne vient, en aucune façon, dire qu'on efface les actes accomplis par le mari en tant qu'administrateur légal de l'association. Elle demande simplement qu'on consulte les dates des deux créances et que celle qui a existé la première passe avant l'autre.

Cette prétention de la femme renonçante n'est d'ailleurs que légitime. Pour la lui contester il faudrait en même temps lui contester sa qualité de créancière. Or si l'on a dit parfois que la femme même renonçante est propriétaire et exerce ses reprises en cette qualité de propriétaire (1), cette assertion est

1. Cass., 15 février 1853 et 11 avril 1854. S. 53,1.145 et S. 54,1.161.

inexacte. Par l'effet de la renonciation, les valeurs de communauté sont devenues la propriété exclusive du mari. La femme n'est plus qu'une créancière, non pas même de la communauté qui n'est plus existante, mais du mari (1).

Au reste, il faut aller plus loin. Il ne suffit pas de dire que la femme renonçante se trouve dans la situation juridique d'une créancière vis-à-vis des autres créanciers du mari ; il faut ajouter que nécessairement elle est créancière *hypothécaire* de celui-ci et que cette hypothèque s'étend aux conquêts.

En effet, elle dispose de par la loi, en ce qui concerne ses reprises, d'une hypothèque qui, s'attachant de plein droit à la créance, n'en peut être séparée, le cas de cession mis à part.

Or l'hypothèque légale de la femme porte en principe sur tous les immeubles présents et à venir du mari. Puisque, par l'effet de la renonciation, propres maritaux et conquêts sont confondus en un seul et même patrimoine formant un ensemble soumis à la propriété du mari, l'hypothèque de la femme atteint les conquêts au même titre que les immeubles propres (2).

C'est ce que conteste à nouveau les auteurs dissi-

1. Cf. Cass., 16 janv. 1858. D. 58.1.5. qui consacre la solution depuis lors suivie par la jurisprudence.

2. Pont, œuvre citée, p. 527.

dents dont nous nous occupons. Faire cet avantage à la femme, c'est à leur avis porter atteinte au crédit du mari et de la communauté et admettre un résultat nuisible au tiers (1).

Mais cette objection ne peut nous toucher en tant qu'interprète respectueux de la loi et on peut seulement la renvoyer au législateur (2). Le Code, ici comme en d'autres circonstances, s'est préoccupé d'assurer la protection de la femme commune en biens et de sauvegarder ses intérêts avant de prendre garde à la situation qu'il créait aux tiers acquéreurs ou créanciers.

Il est vrai que cette protection assurée à la femme par la loi peut, par un phénomène de choc en retour, se retourner contre elle. Il est clair que la crainte de voir celle-ci exercer, à la dissolution de la communauté, son hypothèque légale sur les conquêts peut décourager à l'avance les tiers de traiter avec le mari quant à ces biens. Et ce ne serait pas la première fois qu'une protection légale excessive se retournerait contre son bénéficiaire.

Mais à l'inverse, nous avons essayé de démontrer que la femme est créancière de son mari. Qui ne voit qu'elle doit, elle aussi, être considérée, à ce point

1. Cf. Valette. *Privil. et hypoth.*, t. I, p. 256. Cf. Lebrun, œuvre citée, p. 501.

2. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Du nantissement*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., p. 121.

de vue, comme un tiers à son égard ? S'il en était autrement, « la femme — ainsi que le déclarait déjà Bacquet — serait de pire condition que les autres créanciers hypothécaires (1) ». Et c'est là une considération qui n'est pas indifférente.

Sans doute, il est question ici d'exercer l'hypothèque de la femme sur des immeubles qui ont été acquis par le mari durant le mariage. Peu importe, disait Pont. « Est-ce que les immeubles, dès qu'ils passent aux mains du mari, même pendant le mariage, ne deviennent pas le gage commun de tous les créanciers vis-à-vis desquels le mari s'est obligé ?

« Est-ce que celui-ci ne peut pas les affecter spécialement à la sûreté de ses engagements personnels ? Est-ce que toute condamnation prononcée contre lui n'emporte pas une hypothèque judiciaire qui s'étend sur ces immeubles comme sur les autres ? C'est incontestable. Alors si les conquêts de la communauté sont obligés à tous les créanciers du mari, pourquoi l'hypothèque de la femme qui précisément est établie par une faveur spéciale de la loi ne s'y attacherait pas (2) ? »

Nous concluons donc à rejeter l'argument d'ordre économique fondé sur la nécessité du crédit du mari et de la communauté.

1. Bacquet, *Droits de justice*, chap. XV, n° 42 ; cf. Aubry et Rau, *Œuvres citées*, t. 3, par. 264 *ter*, notes 29 et 30.

2. Pont. *Œuvre citée*, p. 529.

Nous nous trouvons alors en présence de ce qui est, tout bien pesé, le sentiment intime des auteurs dont nous considérons la thèse, de ce qui est en définitive le moteur de leur résistance.

Ce sentiment les conduit d'abord — et nous l'avons signalé au moins brièvement — à dire que la renonciation ne saurait faire disparaître rétroactivement le fait même de l'existence de la communauté. En conséquence, si elle a pour effet de dégager la femme de ses obligations en tant que commune en biens, elle ne peut empêcher que la femme ne soit considérée comme ayant été représentée par son mari dans les actes s'appliquant aux biens communs.

On exprime encore cette idée sous une forme un peu différente (1). On dit que, par la renonciation, le patrimoine personnel de la femme est exonéré des dettes sociales ; mais on ajoute que les conséquences de la participation des deux associés, dans la personne du gérant, relativement aux actes en vertu desquels les tiers ont acquis des droits réels sur les biens communs, ne sont pas anéanties par là.

Cette façon d'envisager les choses est tout à fait critiquable, car il est facile de relever que les deux propositions qui la résument sont contradictoires. La femme renonçante, si elle est affranchie des obliga-

1. Cf. Bertauld, œuvre citée, p. 69.

tions qui pesaient sur elle en tant que commune en biens, ne peut être encore considérée comme ayant été représentée par son mari, dans les actes qu'il a passé, durant la communauté, au nom de celle-ci. Comment comprendre en effet qu'une personne qui a été représentée par une autre personne, ne soit plus tenue des obligations qui dérivent de là, en devant malgré tout respecter les actes accomplis. C'est, à proprement parler, concilier l'inconciliable que de vouloir en même temps dégager la femme des engagements pris en son nom, que de vouloir ainsi obéir à la loi, tout en décidant immédiatement — contrairement à celle-ci — que cependant elle reste liée (1). A supposer qu'une obligation puisse subsister à sa charge, ce ne peut être qu'une obligation sans sanction, une véritable obligation naturelle, car le texte de l'article 1494 du Code civil est catégorique.

Il serait d'ailleurs tout à fait déplacé — pour appuyer cette idée de représentation de la femme par le mari — de reprendre la théorie que Delvincourt (2) avait empruntée à Pothier, qui la tenait lui-même de Duplessis. Cette théorie qui consiste à dire que la femme a donné mandat à son mari pour agir en leur nom commun n'est que spécieuse. La femme n'a pas lieu de donner mandat à son mari d'agir en leur nom

1. Cf. Aubry et Rau, t. III, par. 264 *ter*, note 30, 4<sup>e</sup> éd.

2. Delvincourt, t. III p. 551 et s., éd. de 1819.

commun, car la loi lui prête ce pouvoir. Si donc l'on tenait absolument à parler ici de mandat, il ne pourrait être question que d'un mandat légal, mais dont les effets de représentation sont précisément détruits, dans l'hypothèse de la femme renonçante, par les termes de l'article 1494 du Code civil.

Au surplus, il suffirait de se reporter à Duplessis (1) dont on a voulu tirer parti, pour constater qu'il accordait à la femme acceptante une hypothèque sur les conquêts, — ce qui manifeste qu'il n'accordait pas à la théorie du mandat l'importance que Delvincourt a voulu lui donner.

En réalité, si les auteurs que nous combattons présentent tant d'objections, c'est qu'ils se refusent à admettre la fiction d'après laquelle la femme renonçante est réputée n'avoir jamais été commune. C'est en effet, — est-il besoin de la rappeler, — la fiction qui, juridiquement, est à la base de l'opinion présentée par la jurisprudence comme par un grand nombre d'auteurs dans la doctrine.

La critique de cette fiction a été maintes fois présentée. S'il existe, pour l'héritier renonçant, un texte formel, l'article 785, disant en propres termes : « l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier », aucune formule semblable ne se rencontre dans

1. Duplessis. *Communauté*, 1, 5, 2, p. 408, éd. de Berroyer et Lamière.

la loi relativement à la femme renonçante. Aussi Labbé, dans une note, présentait-il cette opinion : « Nous ne voyons pas pourquoi l'état de communauté qui a existé entre époux serait représenté avoir existé ou n'avoir pas existé suivant le parti que la femme prend après sa dissolution. Pourquoi, sans texte de loi qui nous y force, altérer la réalité des choses par des fictions ? Le Code civil dit simplement que la femme renonçante perd tout droit sur les biens de communauté (art. 1492). Pourquoi ne pas liquider à l'égard de tous les actes accomplis durant la communauté, en respectant le fait de la société sous l'empire desquels ces actes ont été accomplis ? (1) »

Antérieurement Valette (2) avait déjà soutenu une opinion semblable, en contestant l'existence d'une fiction qui ne se trouve pas dans les textes. L'article 1494, estimait-il, disait seulement que la femme peut, en abandonnant tous ses droits sur les biens, se décharger de toute contribution aux dettes.

Nous n'avons pas l'intention de prétendre que le Code dise, en termes formels, que la femme renonçante n'a jamais été associée. Et, de la sorte, nous semblons donner raison à Valette et à Labbé notamment, dans le sens qui nous serait défavorable. Car ce qui est au fond de leur pensée, c'est que les fictions

1. Cass. civ., 26 janvier 1876, 76.1.241.

2. Valette, œuvre citée, p. 251 et s.

sont de droit étroit, en d'autres termes que le législateur seul a le droit d'en créer. Or, si nous reconnaissons qu'aucun texte n'énonce formellement que la femme renonçante est censée n'avoir jamais été commune, nous paraissions bien reconnaître que notre opinion consacre une erreur.

Rien de tel ne se trouve dans notre pensée. Il importe de remarquer en effet que la fiction en cause est loin d'être créée de toutes pièces et à titre d'expédient par la jurisprudence ; elle est traditionnelle. A ce propos, Laurent (1) rapporte très justement l'opinion de Dumoulin :

« Dumoulin... disait que la femme, pendant la durée de son mariage, n'était pas associée, qu'il y avait seulement espérance qu'elle le deviendrait. Quand le devient-elle ? Lorsqu'elle accepte. *Si elle renonce elle ne l'a jamais été !* Voilà ce que rapporte la tradition (2). »

En faut-il davantage pour exprimer que la femme n'a, pendant le mariage, que des droits éventuels à la communauté et que, si elle renonce, le patrimoine de la communauté, en se confondant avec celui du mari, est réputé rétroactivement avoir toujours appartenu à celui-ci ?

1. Laurent, t. XXX, n° 371.

2. Cf. Pothier qui cite aussi Dumoulin. *Cout. d'Orléans*, introd. au titre X n° 1, p. 215 éd. Bugnet.

Or, s'il s'agit ici d'un adage qui est consacré par les anciens auteurs, il est peut-être hardi de conclure à sa disparition, parce qu'il ne se trouve exprimé d'une façon expresse dans aucun texte du Code. Ses rédacteurs étaient des traditionalistes et les présomptions sont en faveur du maintien de notre fiction. Si, comme le déclare l'article 1494, la femme renonçante, en dehors de sa participation personnelle, n'est tenue en aucune façon des engagements contractés par le mari, chef de l'association, c'est qu'elle n'a pas été représentée par lui. Or si elle n'a pas été représentée, c'est et ce ne peut être que parce qu'elle est réputée n'avoir jamais été commune (1). Ce raisonnement nous paraît irréfutable, car nous avons montré plus haut que la femme, étant dégagée par sa renonciation des obligations contractées par le mari au nom de la communauté, ne pouvait plus être considérée comme ayant été représentée. Il est de principe que là où il y a représentation, il y a obligation du représentant. S'il n'y a plus engagement pour la femme renonçante, c'est qu'il est inexact d'affirmer que son mari a agi en son nom.

Terminons donc en donnant raison à la jurisprudence comme aux auteurs qui partagent son opinion. Puisque la femme qui renonce est censée n'avoir ja-

1. Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Du nantissement*, t. II, p. 121, 3<sup>e</sup> éd.

mais été commune, tout se passe comme si, à aucun moment, elle n'avait eu un droit de copropriété sur les conquêts. Son hypothèque légale doit donc s'exercer valablement sur ces biens.

## CHAPITRE II

### Femme acceptante

Nous supposons que la femme, au lieu de renoncer à la communauté, se décide au contraire à l'accepter. Va-t-elle pouvoir exercer son hypothèque légale sur les conquêts ?

Il nous faut encore, dans un intérêt de clarté, introduire ici des subdivisions. Pour répondre en effet à la question posée, il faut distinguer suivant que les conquêts se trouvent intacts dans la masse de l'actif à partager ou qu'à l'inverse ils ont été grevés de droits réels durant la communauté.

#### I. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE

Prenons l'hypothèse la plus simple. Le mari n'a pas, en sa qualité de chef de l'association conjugale, aliéné ou hypothéqué les biens immeubles qui contribuent à composer l'actif commun. Cela revient à dire que la femme, en qualité de créancière, se trouve seulement en présence de son mari ou encore en pré-

sence de simples créanciers chirographaires de la communauté. Car, pour ceux-ci comme pour celui-là, la solution est identique. Ayant suivi la foi du mari, ils ne peuvent avoir plus de droits que lui. Or, comme nous allons le voir, le droit hypothécaire de la femme vis-à-vis du mari subsiste toujours.

Ceci posé, puisque les immeubles n'ont pas été grevés de droits réels, ils se trouvent dans la masse au jour de la dissolution de la communauté. Ils vont donc être compris dans le partage qui doit avoir lieu à la suite de l'acceptation de la femme.

Deux éventualités sont alors possibles relativement auxdits immeubles.

Ils peuvent tout d'abord tomber au lot de la femme et, dans cette hypothèse, il n'y a pas grande difficulté. En vertu de l'effet déclaratif du partage, ces biens sont censés avoir toujours été sa propriété et n'avoir jamais appartenu au mari. L'hypothèque légale ne les frappe donc pas, puisqu'elle n'atteint que les immeubles du mari (1).

Mais — et c'est la seconde éventualité à prévoir — il peut se faire que les immeubles considérés, au lieu de tomber dans le lot de la femme, soient attribués au mari.

Dès lors, et toujours en vertu de l'effet déclaratif

1. Il est à noter que cette solution concerne même les créanciers que la femme a subrogés à son hypothèque légale. Cf. Aubry et Rau, par. 264 *ter*, 4<sup>e</sup> éd., p. 229.

du partage, ils sont réputés avoir toujours été la propriété de celui-ci. Rien ne fait donc obstacle à l'exercice de l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts. Et cela est vrai, non seulement quand celle-ci se trouve en présence de son mari, mais encore quand elle se trouve en présence de créanciers chirographaires du mari ou de la communauté. Ils ont, avons-nous dit plus haut, suivi la foi du mari ; ils ne peuvent avoir plus de droits que lui.

Toutefois, la femme restera tenue envers lesdits créanciers chirographaires du paiement de sa part dans la dette, selon le droit commun (1).

Le point de vue que nous venons de présenter paraît bien être celui de Duranton (2) quand il déclare « qu'il n'est pas douteux que la femme a hypothèque sur la portion du conquêt échue au mari ou à ses héritiers, par le partage de la communauté ».

Mais Valette est encore plus explicite, appuyant bien sur la conséquence logique de l'effet déclaratif du partage « qui détermine les biens dont le mari est censé avoir été seul propriétaire », et en vertu duquel par conséquent la femme exerce légitimement son hypothèque légale sur les immeubles que le partage a fait tomber au lot du mari (3).

1. Aubry et Rau, III, par. 264 *ter*, texte et note 33, 4<sup>e</sup> éd., p. 228.  
Cf. Pont, I, 521.

2. Duranton, t. XIX, titre 18, n<sup>o</sup> 328, p. 471.

3. Valette. *Privil. et hypoth.*, t. I, p. 252.

Aussi bien, et c'est l'observation par laquelle nous voudrions terminer l'examen de cette hypothèse, ce n'est pas la situation normale que nous venons d'envisager. Pour que la femme ait à exercer son hypothèque légale sur les conquêts, alors qu'ils n'ont été ni aliénés, ni grevés d'aucun droit réel par suite de l'administration du mari, il faut viser un cas tout particulier. Il faut supposer en effet que le partage de la communauté s'est effectué sans que la femme ait exercé les prélèvements qu'autorisent les articles 1470 et 1471 du Code civil. Il va de soi que ce n'est pas la façon dont se passent habituellement les choses.

Dans les termes que nous venons de préciser, la question qui est l'objet de cette étude ne se présente donc pas dans toute son acuité. L'hypothèque sur les conquêts n'est-elle pas surtout nécessaire à la femme pour retenir les immeubles communs, en tant que sûretés réelles, à l'encontre des tiers acquéreurs et des créanciers hypothécaires de la communauté (1)?

La Cour de Cassation, quoiqu'il en soit, a décidé que si les conquêts prélevés par la femme dans le partage ne sont pas soumis à l'hypothèque légale, celle-ci s'exerce toutefois sur la portion des immeubles de communauté échus au mari (2).

1. Cf. Bertauld, œuvre citée, chap. 1<sup>er</sup>, par. 1<sup>er</sup>, n° 17.

2. Cass., 1<sup>er</sup> août 1848, Dev. 48.1.727.

Nous en avons ainsi terminé avec la première subdivision relative à la femme acceptante.

## II. — SECONDE HYPOTHÈSE

Etudions maintenant le cas où, celle-ci adoptant toujours le même parti à la dissolution de la communauté, le mari a aliéné ou hypothéqué les biens communs. En d'autres termes, et d'une façon tout à fait générale, examinons la situation dans l'hypothèse où des charges réelles ont été établies sur les conquêts par le mari comme chef.

1° *Ancien droit*. — Une fois encore, l'ancien droit ne nous permettra de recueillir que des indications très succinctes.

Tout d'abord, nous ne prétendrons rien retirer de l'étude de Bacquet et de Bourjon. Ces auteurs, nous l'avons vu, se bornent à donner une solution de principe quant à l'exercice de l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts, sans parler d'acceptation ou de renonciation (1). Il serait hardi peut-être de vouloir déduire de leurs œuvres une opinion certaine sur une hypothèse qu'ils ne paraissent même pas avoir prévue.

Quant à Renusson et à Lebrun, ils n'envisagent

1. Bacquet. *Dr. de justice*, chap. XV, n° 42. Bourjon. *Dr. commun*, t. I, p. 671.

que la seule situation de la femme qui a renoncé à la communauté. Valette conclut de leur silence sur la situation inverse de la femme acceptante que sans doute ces auteurs estimaient, par suite du parti auquel celle-ci s'était arrêtée, qu'elle ratifiait par là les actes de son mari et ne pouvait plus inquiéter les tiers qui avaient traité avec lui (1). Pour notre part, nous ne tirerons pas d'un simple silence une telle conclusion, et ne voulant faire état que de déclarations bien nettes, nous préférons nous tourner vers d'autres auteurs.

Agissant ainsi, nous verrons Duplessis accorder à la femme hypothèque sur les conquêts pour le tout si elle renonce, *pour moitié si elle accepte* (2). Nous verrons surtout Pothier écrire les lignes suivantes : « Sur la demande qu'un créancier hypothécaire a donné contre la femme comme détentrice des conquêts qui lui sont hypothéqués... »

« Le demandeur doit faire raison à la femme, non seulement de ce qu'elle a payé à des tiers dont l'hypothèque était antérieure à celle du demandeur ; il doit pareillement lui faire raison de ce qu'elle s'est payée à elle-même pour ses créances contre la communauté, pour lesquelles elle a une hypothèque du

1. Valette, œuvre citée, p. 254.

2. Duplessis. *Communauté*, 1, 1 p. 402 et 403.

jour de son contrat de mariage, antérieure à celle du demandeur (1). »

Quoi qu'en ait dit à tort Toullier, en se fondant d'ailleurs sur un passage antérieur du livre de Pothier (2), celui-ci donne dans la citation ci-dessus son opinion nettement exprimée. Il reconnaît à la femme un droit hypothécaire sur la communauté immobilière. Aucun doute n'est possible à ce sujet. Prévôt de la Jannès d'autre part s'exprime de la même façon que Pothier (3).

Mais, ainsi que l'on s'en rend compte facilement, Pothier, comme Duplessis ou Prévôt de la Jannès, ne fait que donner l'énoncé d'une solution. Il ne nous donne pas les raisons qui l'ont incliné à penser de la sorte ; et, comme au cas de renonciation, ce seront d'une part les auteurs ayant écrit sous le Code et, d'autre part, la jurisprudence qui nous permettront de présenter, dans leurs développements indispensables, les théories juridiques relatives au cas d'acceptation.

*2° Auteurs qui ont écrit sous le Code. —* Avant d'aller plus loin, une observation préalable est toutefois nécessaire. Nous n'entendons pas rechercher si la femme acceptante a le droit d'opposer son hy-

1. Pothier. *Communauté*, n° 756 et 757.

2. Pothier. *Communauté*, n° 752.

3. Cf. Prévôt de la Jarmès. *Pr. de la Juris. française*, t. II, p. 71.

pothèque légale lorsqu'elle a participé, avec son mari, soit à l'aliénation des conquêts, soit à la constitution d'une hypothèque sur ces biens. C'est en effet une situation particulière que la situation dans laquelle la femme se trouve alors placée. Elle n'a plus le droit d'opposer son hypothèque légale, parce qu'elle est réputée avoir voulu y renoncer pour rendre plus fort le droit qu'elle concourait à former, pour donner aux tiers un supplément de garantie. Mais, dans ces conditions, sa position juridique ne nous intéresse plus, en ce qui concerne la recherche que nous avons entreprise.

Lorsque la femme intervient, il est difficile d'expliquer son rôle juridique, puisque le mari, à lui seul, a le droit de consentir une affectation produisant les effets de droit commun. Il faut donc bien croire que par son intervention, elle a entendu renoncer à la sûreté que la loi lui avait reconnue. Il n'y a plus lieu alors de savoir si la femme a encore le droit d'exercer son hypothèque sur les conquêts. La question est résolue, très nettement, par la négative.

Tout au plus pourrait-on rechercher si la renonciation est *absolue* ou *relative*, si elle profite à tous les intéressés ou si, par exemple, le créancier hypothécaire qui l'a obtenue a seul le droit de l'opposer ? A ce sujet, il semble raisonnable d'admettre que la renonciation est seulement *translative* et non pas *extinctive*, qu'elle ne profite qu'à celui en faveur duquel

la femme intervient et non pas aussi à des tiers étrangers à la stipulation (1). Ce qui, en dernière analyse, aboutit à démontrer que vis-à-vis de ces personnes étrangères à la stipulation, la question reste entière au point de vue qui nous occupe. De sorte que l'élimination qui vient d'être faite ne concerne que l'hypothèse suivant laquelle la femme acceptante se trouve en regard du tiers vis-à-vis duquel elle a participé à la convention constitutive d'un droit réel.

Nous avons maintenant à considérer trois hypothèses principales.

On peut d'abord supposer que le droit réel portant sur les conquêts dont bénéficie un tiers n'est pas l'œuvre du consentement du mari. Le droit réel qu'il faut avoir alors présent à l'esprit est l'hypothèque. Ce sera — première hypothèse — l'hypothèque résultant d'une condamnation prononcée pour une dette contractée par le mari sans le concours de la femme. Ou bien encore, ce sera l'hypothèque légale, d'un mineur ou d'un interdit qui grève les biens du tuteur, aux termes de l'article 2121 du Code civil.

Pareillement et en second lieu, ce sera l'hypothèque résultant d'une condamnation prononcée contre les deux époux, à raison d'une dette qu'ils ont souscrite conjointement ou même solidairement.

1. Bertauld, *Subrog. à l'hypothèque lég. des femmes mariées*, chap. 1<sup>er</sup>, par. 3, n° 50 et chap. 3, n° 63.

Enfin, — et c'est l'hypothèse de beaucoup la plus importante, celle même que l'on envisage d'ordinaire dans la controverse, — l'hypothèque résulte d'une affectation conventionnelle émanant du mari ; elle a été constituée de par son consentement.

Comme le fait remarquer Bertauld (1), les deux premiers cas ne peuvent pas longtemps retenir l'attention. En ce qui les concerne en effet, on ne peut pas dire, comme lorsqu'on discute la troisième hypothèse, que la femme, par son acceptation, a ratifié l'hypothèque établie par son mari ; car l'hypothèque n'est pas l'œuvre de la volonté maritale. D'autre part, dans le second cas, il n'importe pas, pour la femme, d'avoir participé à l'obligation pour laquelle la condamnation est prononcée. Si le droit hypothécaire résulte de sa présence au jugement de condamnation, ce fait ne peut équivaloir à la libre volonté qui seule est susceptible de conférer subrogation à l'hypothèque légale.

Voyons donc, sans plus tarder, l'hypothèse la plus courante comme la plus délicate et la plus discutée, suivant laquelle l'hypothèque ou tout autre droit réel est l'œuvre du mari, ayant agi durant la communauté dans la limite de ses pouvoirs. Peut-on considérer, ici comme dans les deux cas précédents, que la femme

1. Bertauld, *Hypoth. lég. des femmes mariées sur les conquêts*, chap. 1<sup>er</sup>, B 1<sup>er</sup>, n° 20.

acceptante — à supposer qu'elle ait pour elle le bénéfice de l'antériorité quant à l'établissement de son hypothèque légale — ait le droit d'opposer celle-ci aux tiers investis de droits réels sur les conquêts? Il serait hors de discussion, bien entendu, si l'affirmative était admissible, que la femme supporterait toujours sa part contributoire dans la dette.

Un certain nombre d'auteurs ont soutenu cette opinion affirmative en ce qui concerne le cas que nous étudions (1).

On a fait valoir notamment que si la femme peut être considérée, vis-à-vis de son mari, comme copropriétaire des biens de communauté, elle est en même temps *créancière de ses reprises*, jouant à ce point de vue, — même si elle accepte ladite communauté — le rôle d'un tiers à l'égard de son mari. C'est dans cette situation que l'on peut comparer la femme à l'héritier bénéficiaire.

Il est évident que la femme n'aura pas intérêt à distinguer entre ces deux qualités quand elle ne se trouve en présence que de son mari ou des héritiers de celui-ci. Elle a la faculté d'agir comme propriétaire et son intérêt n'est pas de se comporter différemment.

1. Zachariae. *Cours de Code civil*, 2<sup>e</sup> partie, livre 1<sup>er</sup>, vol. 3, p. 456 ; Bertauld, œuvre citée, chap. 1<sup>er</sup>, par. 1<sup>er</sup>, n° 19 ; Pont, I, 526, 529 ; Lepinois, III, 1395 ; Surville II, 625.

Il n'y a alors qu'un règlement de comptes à opérer entre les parties, il n'y a qu'à procéder entre elles au partage de l'actif commun.

La question est tout autre si la femme est en présence de tiers ayant acquis, du chef du mari, des droits sur la communauté, en particulier si elle est en présence de créanciers hypothécaires.

Dans cette hypothèse, la société ayant un passif, il faut tout d'abord dégager l'actif ; ensuite, mais ensuite seulement, le partage entre les ayants droit sera en mesure d'être effectué. Or, dans le cas où la femme a des reprises ou indemnités à exercer, ces reprises constituent une dette de l'actif. Par conséquent, la femme est créancière et se comporte comme telle à l'égard des autres créanciers de la communauté. Ce n'est que plus tard et vis-à-vis de son mari, au moment du partage de l'actif, qu'elle agira comme copropriétaire. La femme peut en effet faire abstraction de son droit de copropriété sur les conquêts relativement aux autres créanciers, en vertu de l'article 1483 du Code civil. Car cet article, en décidant que la femme ne *sera tenue que jusqu'à concurrence de son émolument*, pourvu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire, a voulu que ses biens ne se confondissent pas avec ceux de la communauté. Il en résulte que la femme conserve le droit de réclamer ses créances contre la communauté. S'il en était autrement, ne serait-elle pas te-

nue au delà de son émolument, puisqu'il devrait être augmenté du montant de sa créance personnelle qu'elle devrait passer aux profits et pertes, ne pouvant la réclamer contre la communauté ?

De la même façon, l'héritier bénéficiaire n'est tenu des dettes de la succession que jusqu'à concurrence des biens qu'il a recueillis (art. 802 C. c. ) et, puisqu'il ne confond pas ses biens personnels avec ceux de la succession, maintient contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances. Les deux situations sont tout à fait analogues, et si l'on ne comprend pas que l'héritier bénéficiaire puisse perdre par son acceptation le droit de se faire payer sur la masse héréditaire comme les autres créanciers, on ne peut comprendre qu'il en soit différemment pour la femme acceptante.

Telle est cette argumentation dont le premier vice est de vouloir présenter, comme deux situations tout à fait identiques, celle de l'héritier bénéficiaire et celle de la femme acceptante. Car il y a entre elles cette différence qu'une séparation de patrimoine existe au profit de l'héritier bénéficiaire. En second lieu une société de biens avait réuni antérieurement la femme et son mari. Son acceptation consolide définitivement sur sa tête sa qualité de commune qui était subordonnée au parti qu'elle prendrait à la dissolution de la communauté.

Dès lors, si en principe l'hypothèque légale de la

femme s'étend sur les conquêts, alors même qu'elle accepte, il est inexact de prétendre — ainsi que le déclare Pont par exemple — que son exercice est également possible, lorsqu'il porte préjudice aux tiers qui ont acquis, durant la communauté, des droits réels sur l'actif immobilier de celle-ci.

Nous n'avons sur ce point qu'à renvoyer à la réfutation si nette et si précise donnée par Aubry et Rau (1). Nous remarquerons seulement contrairement à eux, que les pouvoirs qui appartiennent au mari, à la suite de l'acceptation, ne résultent pas d'un man-

1. Aubry et Rau, t. III, par. 264 *ter*, n° 31, 4<sup>e</sup> éd. «... La femme qui accepte est censée avoir été représentée par le mari dans les actes et jugements relatifs aux biens communs. Ils lui profitent et lui sont opposables, comme si elle avait figuré ou concouru en personne ; et si elle n'est tenue des dettes qui en dérivent, que jusqu'à concurrence de son émolument, lorsqu'il y a eu bon et fidèle inventaire, c'est là un bénéfice, dont l'objet tout spécial n'a aucun rapport avec la question que nous examinons. Il est certain que la femme, commune en biens, qui serait intervenue dans un acte de constitution hypothécaire des conquêts, voudrait en vain exercer son hypothèque légale sur ces biens au détriment du créancier auxquels il ont été affectés, et ne trouverait dans l'article 1483 aucun secours à l'appui d'une pareille prétention ; c'est là ce que M. Pont reconnaît lui-même (n° 529). Or, à notre avis, le concours légalement présumé de la femme aux actes concernant les biens communs doit, sous ce rapport, produire le même effet qu'une intervention réelle. Le système contraire nous paraît incompatible avec les pouvoirs qui appartiennent au mari, comme chef de communauté, en vertu du mandat que la femme, commune en biens, est censée lui avoir donné, lorsqu'elle conserve définitivement cette qualité. »

dat que la femme est censée lui avoir donné ; elle résulte tout uniment d'une représentation établie formellement par la loi dans cette hypothèse. La fiction d'un mandat donné par la femme nous paraît en effet inutilement compliquer les choses et fausser le système légal.

Thézard (1) exprime une opinion toute semblable à celle d'Aubry et Rau. La femme acceptante s'engage à ne pas provoquer l'éviction des acquéreurs comme elle s'oblige à ne pas mettre obstacle aux hypothèques constituées par son mari. Elle ne peut donc exercer son hypothèque légale contre eux, sans contredire à l'engagement, résultant de son acceptation, de respecter les actes accomplis par l'administrateur des biens de communauté pendant le mariage.

Au surplus, l'article 1483, dont on veut tirer argument en sens opposé, ne donne nullement à la femme le droit de faire valoir ses propres créances contre la communauté, contrairement au droit commun. Cet article fait entendre simplement que la femme ne doit pas être poursuivie sur ses propres au delà de son émolument.

Il faut noter cependant, pour être exact, que l'obligation incombant à la femme, du fait de son acceptation, ne l'empêche pas d'être elle-même créancière du mari et de la communauté. Elle peut par consé-

1. Thézard. *Du nantissement, des privil. et hypoth.*, éd. de 1880, p. 142 et 143.

quent exercer son hypothèque légale à l'encontre du mari ou des créanciers chirographaires de la communauté. Elle est censée, une fois qu'elle a accepté, avoir donné à son mari le pouvoir d'aliéner, d'hypothéquer ou d'engager sans affectation spéciale les biens communs ; mais c'est là toute son obligation. Tant il y a que si le mari a seulement usé du pouvoir de s'engager sur ces biens, il n'y a aucun obstacle à ce que la femme vienne exercer sur eux ses droits de créancière, puisqu'aucune affectation spéciale n'a été stipulée en faveur des tiers. Il suffit que les tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires de la communauté ne puissent être inquiétés par la femme.

Troplong avait déjà exprimé cette opinion. Il ne voulait pas accorder à la femme acceptante le droit de faire porter son hypothèque sur les conquêts, et cela d'ailleurs même dans le cas où la femme se trouverait seulement en présence de créanciers chirographaires de la communauté. Mais pour appuyer son assertion, il professe une théorie particulière, suivi en cela par plusieurs auteurs. Il considère en effet que la communauté est une personne morale et il part de là pour fonder son raisonnement :

« La communauté forme une tierce personne à qui les biens appartiennent et il ne faut pas dire crûment qu'ils appartiennent au mari. Ils ne deviennent biens du mari que par la renonciation de la femme ; mais si cette renonciation n'a pas lieu, ils ne sont pas biens

du mari ; or, l'article 2121 n'attribue l'hypothèque légale à la femme que sur les biens du mari (1). »

On voit que la thèse de Troplong repose tout entière sur cette idée que la communauté est une personne civile, un être juridique distinct des époux associés. Seulement cette opinion qu'il partage avec un certain nombre de représentants de la doctrine (2) ne paraît pas admissible.

D'une part, la tradition y est contraire, puisqu'elle voit dans les conjoints des copropriétaires, puisque le mari est regardé comme seigneur et maître de la communauté. On ne peut donc concevoir qu'une personne fictive s'interpose entre les deux époux, personne dont lui, le mari, ne serait que le représentant.

D'autre part, il n'est rien qui autorise à penser que les rédacteurs du Code aient entendu s'écarter de la tradition, et, en conséquence, il paraît légitime d'approuver la jurisprudence décidant que la communauté n'est pas une personne morale (3).

1. Troplong. *Contrat de mariage*, t. III, n° 1646. Cf. Rodière et Pont. *Contrat de mariage*, t. I, n° 834 ; Marcadé. *Cours de Code civil*, t. V, p. 625.

Il est à noter que Pont a abandonné postérieurement l'opinion qu'il professait avec Rodière. Nous avons exposé plus haut sa façon de voir nouvelle.

2. Cf. notamment Delvincourt, t. I, p. 528 ; Proudhon. *De l'Usufruit*, t. I, n° 279 ; Duranton, t. XIV, n° 96.

3. Cf. Planiol, t. III, n° 905, 4<sup>e</sup> éd., p. 60. Cf. d'autre part, Cass., 18 avril 1860. D. 60.1.185 et la note S. 60.1.305 ; Cass., 16 janvier 1877. D. 78.1.265 ; Cass., 28 fév. 1886. S. 87.1.213.

Seulement, et comme déduction logique de cette négation, toute la portée du raisonnement de Troplong disparaît, les prémisses dont il part étant fausses.

En outre, on pourrait observer (1) qu'au regard des tiers, les biens de communauté se confondent avec les biens maritaux. Ainsi, par exemple, Troplong lui-même reconnaît que les condamnations prononcées contre le mari pendant la durée de la communauté entraînent hypothèque judiciaire aussi bien sur les conquêts que sur ses propres personnels. Pourquoi donc la femme qui — en tant qu'elle exerce ses reprises — est créancière vis-à-vis du mari et de la communauté ne bénéficierait-elle pas du privilège reconnu aux autres créanciers, et en vertu duquel, à leur égard, l'actif social se confond avec l'actif personnel du mari ? Pourquoi par conséquent la dette des reprises ne lui permettrait-elle pas d'exercer hypothèque sur les conquêts ? Aussi bien, cette dette n'est-elle pas en même temps dette de la communauté et dette du mari ?

De l'avis de Bertauld, que nous suivons ici, le point de vue de Troplong est inexact, lui qui tout en enlevant à la femme acceptante son hypothèque sur les conquêts, veut en même temps lui reconnaître un droit de préférence sur l'actif de la communauté ; oubliant

1. Bertauld, œuvre citée, chap. 1<sup>er</sup>, par. 1<sup>er</sup>, n° 3.

en cela que ce droit serait un véritable privilège, et que les privilèges sont de droit étroit (1).

Mais ce serait nous écarter de notre sujet que d'insister plus longtemps sur cette question subsidiaire, et nous devons à présent délaissier l'opinion professée par Troplong.

Au surplus, l'argumentation courante n'est pas la sienne, puisque la conception suivant laquelle la communauté serait une personne morale, n'est plus généralement reçue. Pour soutenir en effet que la femme acceptante ne peut exercer son hypothèque légale à l'encontre des tiers ayant acquis des droits réels sur les biens de communauté, la raison que l'on fait valoir le plus souvent consiste à dire qu'en acceptant la communauté, la femme *ratifie* les actes émanés de son mari.

1. Bertauld, œuvre citée, chap. I<sup>er</sup>, par. I<sup>er</sup>, no 4 et s. Signalons toutefois que Troplong s'est défendu de reconnaître à la femme un droit de préférence qui soit à proprement parler un privilège. Ce serait un droit de prélèvement, de distraction, la femme revendiquant des valeurs tombées dans la communauté moins à titre de créance qu'à titre de propriété et reprenant en équivalent si elle ne reprend pas *in specie*.

Bertauld fait justement remarquer le danger de cette manière de voir. Le mari, lui aussi, a le droit de se payer par voie de prélèvement (art. 1470 et 1471 C. c.). Personne ne voudrait soutenir cependant « que le mari peut prélever ses créances sur la communauté en exemption des dettes qui la grèvent ». (Berthauld, œuvre citée, chap. I<sup>er</sup>, par. 1<sup>er</sup> n° 6).

Toutefois, cette façon de voir a donné lieu à controverse. Il est certain que l'expression à laquelle on a recours ici nécessite une explication ; et cela vient peut-être de ce qu'on ne l'emploie pas tout à fait dans le sens propre et juridique du mot.

<sup>1</sup> Il est hors de doute, tout d'abord, qu'il ne s'agit pas d'une ratification dans le sens de l'article 1338 du Code civil. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un acte de confirmation relatif à une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescission. Car l'acte accompli par le mari l'a été régulièrement, il ne présente aucun vice. Par conséquent, on serait mal venu à invoquer, dans la circonstance présente, le texte de l'article 1338 du Code civil. Pour tout dire, au reste, ce n'est pas ce texte qui a beaucoup prêté à confusion et, par suite, à discussion.

Mais on s'est demandé si — en parlant de ratification — on n'employait pas ce mot dans le sens défini par l'article 1998 du Code civil. Celui-ci suppose que le mandataire a agi au delà de son mandat. On sait que, dans cette hypothèse, le mandat n'est tenu qu'autant qu'il a ratifié, expressément ou tacitement, les engagements contractés par son mandataire.

Or, pour revenir à la situation qui nous occupe, tel n'est pas le cas, a-t-on dit : le mari, en agissant, n'a pas excédé la limite de ses pouvoirs, il s'est borné strictement à tenir le rôle que lui donnait la loi. En définitive, la validité de l'hypothèque consentie par

le mari comme chef était indépendante de l'acceptation de la femme. La preuve en est dans les termes qui sont ceux de l'article 1421 :

« Le mari administre seul les biens de la communauté.

« Il peut les vendre, aliéner *et hypothéquer sans le concours* de la femme (1). »

Ce n'est nullement là ce que nous voulons contester. Seulement, ceux qui emploient ici le mot « ratification », à tort sans doute puisqu'ils permettent ainsi à certaines confusions de s'introduire, lui donnent une acception particulière sur laquelle il ne s'agit que de s'entendre. Cela revient, en peu de mots, à dire ceci :

Comme certains arrêts l'ont déclaré (2), l'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts n'a qu'un caractère en quelque sorte *conditionnel* durant la communauté. Les immeubles communs ne sont frappés en totalité de l'hypothèque légale de la femme, et cela même à l'égard des tiers, que dans la cas où, par l'effet de la renonciation de celle-ci, ils sont devenus la propriété du mari seul.

Si au contraire la femme accepte, le parti qu'elle prend a pour résultat de fixer définitivement sur sa tête la qualité de commune en biens. Par son accep-

1. Bertauld, œuvre citée, chap. 1<sup>er</sup>, par. 1<sup>er</sup>, n° 21.

2. Cf. Cour de Colmar, 1<sup>er</sup> mars 1855, D. 57.2.37.

tation, peut-on dire, elle confirme la qualité de représentant de la communauté qui jusqu'à ce moment n'appartenait pas sans réserve au mari. Il en résulte que les actes émanés de celui-ci, sans qu'il ait en quoi que ce soit dépassé ses pouvoirs seront censés émaner de la femme elle-même. Tout se passera comme si elle y avait figuré en personne, les engagements pris réfléchissant sur elle.

C'est précisément le point de vue défendu par Aubry et Rau (1), mais ils se gardent, avec beaucoup d'esprit juridique, de parler, en l'espèce, de ratification.

Sans entrer dans tous les détails d'une discussion qui est due surtout à l'emploi d'une expression impropre, ainsi que nous venons d'essayer de le démontrer, marquons cependant ce que dit Bertauld (2) à l'encontre de la théorie qui est celle d'Aubry et Rau.

Il déclare que si l'acceptation de la femme avait une portée rétroactive « elle serait censée avoir *parlé* à toutes les obligations contractées par le mari comme gérant, et par suite, elle serait toujours sous le coup de l'article 1487 du code Napoléon ». Elle ne pourrait donc, en aucune façon, tirer argument de l'article 1483 du Code civil, lorsqu'elle aurait fait rédiger un bon et loyal inventaire, et de la sorte elle ne pourrait ja-

1. Aubry et Rau, t. III, par. 264 *ter*, p. 227, 4<sup>e</sup> éd.

2. Bertauld, œuvre citée, chap. 1<sup>er</sup>, par. 1<sup>er</sup>, n° 21.

mais n'être tenue que jusqu'à concurrencer de son émolument. Aussi Bertauld ajoute-t-il qu'en réalité la femme, par son acceptation, s'engage seulement à acquitter une certaine contribution dans la dette hypothécaire ainsi que dans la dette chirographaire.

Nous ne pouvons mieux faire à ce sujet que de renvoyer à la réfutation donnée par Aubry et Rau (1) et qui s'applique aussi bien aux idées particulières de Pont, ci-dessus exposées, qu'à celles de Bertauld. Aubry et Rau montrent fort bien que si la femme est tenue seulement des dettes dérivant des actes et jugements relatifs aux biens communs jusqu'à concurrence de son émolument, quand il y a eu bon et fidèle inventaire, « c'est là un bénéfice dont l'objet tout spécial n'a aucun rapport à la question que nous examinons. »

En effet, le raisonnement de Bertauld présente trop de rigueur logique. Si l'acceptation de la femme a une portée rétroactive, celle-ci est cependant limitée par la disposition de l'article 1483 du Code civil. Le bénéfice d'émolument établi par ce texte a pour fonction de protéger la femme contre l'insolvabilité de la communauté, afin de ne pas permettre au mari d'avoir puissance sur les propres de sa femme, fût-ce par voie oblique.

Il faut bien admettre après cela que la rétroactivité

1. Aubry et Rau, t. III, par. 264 *ter*, note 31, p. 228, 4<sup>e</sup> éd.

de l'acceptation de la femme n'est pas absolue. Mais cela ne veut dire nullement que cette rétroactivité n'existe en aucune façon et ne s'exerce pas en temps normal, lorsque la communauté n'est pas insolvable.

Après tout ce qui précède, on comprend très bien la critique présentée par M. Planiol (1), relativement à l'idée de ratification que la jurisprudence et beaucoup d'auteurs émettent à l'appui de leur thèse. Il est très vrai que la femme n'a pas à *confirmer* ou *ratifier* les actes accomplis par son mari en vertu des pouvoirs que la loi lui donne. Mais il faut apercevoir l'idée exacte que recouvre l'expression vicieuse dont on use couramment en faisant allusion à une ratification : l'idée d'après laquelle le sort de l'hypothèque légale est subordonné au parti adopté par la femme à la dissolution de la communauté. De telle sorte que, si elle vient à accepter, la qualité de femme commune, avec toutes les conséquences qu'elle entraîne, se trouve alors définitivement fixée sur sa tête, mais alors seulement.

En abandonnant la première justification de la solution d'après laquelle la femme ne peut opposer son hypothèque légale aux tiers qui ont acquis des droits réels sur les conquêts, il convient d'en signaler une seconde dont le bien-fondé a été presque

1) Planiol, t. II, n° 2826, p. 864, 4<sup>e</sup> éd.

généralement reconnu. La femme, dit-on, ayant par son acceptation fixé sur sa tête sa qualité de commune, se trouve par là même tenue de *l'obligation de garantie* vis-à-vis des tiers dont nous venons de parler. S'étant soumise à cette obligation, elle ne peut user de son hypothèque légale, afin de les évincer, sans se voir opposer une fin de non-recevoir. « *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* »

A la vérité, cette argumentation a soulevé quelques rares critiques.

Il a été dit notamment que si la communauté acceptée ne présente aucun émolument, la femme a la faculté, en vertu de l'article 1483 du Code civil, de se décharger en entier du fardeau des dettes ; par conséquent, elle a en même temps la faculté de s'exonérer de l'obligation de garantie (1).

Ce raisonnement a peut-être le tort de ne pas se présenter, dans ses termes, d'une façon tout à fait satisfaisante. Ce n'est pas être en effet tout à fait exact que de dire : la femme acceptante a la faculté, en vertu de l'article 1483, de se décharger *en entier* du fardeau des dettes. Ce n'est pas de cette façon que le texte s'exprime : « La femme, dit-il, n'est tenue des dettes de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, *que jusqu'à con-*

1] Valette. *Privil. et hypoth.*, t. I, p. 257, éd. de 1846.

*currence de son émolument.* » Il montre bien ainsi le caractère forfaitaire du principe légal. Pour que le mari n'ait pas, « par voie oblique, puissance sur les propres de sa femme (1), » celle-ci est déchargée du passif de communauté, mais moyennant l'abandon de son émolument, c'est-à-dire de sa part d'actif. Est-ce là, à proprement parler, un bénéfice d'exonération totale ?

Quoi qu'il en soit, est-il juste de dire : attendu que la femme a la faculté, d'après la loi, de se décharger des dettes de la communauté, elle a par là même, et comme conséquence naturelle, la faculté de s'affranchir de l'obligation de garantie à l'égard des tiers qui ont traité avec le mari ?

Nous ne le pensons pas, et c'est pourquoi il était important de mettre en valeur l'aspect forfaitaire du principe qui se trouve contenu dans l'article 1483. Car si la femme pouvait s'exonérer de l'obligation de garantie, elle pourrait donc exercer son hypothèque légale sur les conquêts au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur eux, pendant le mariage. Or elle ne pourrait le faire qu'en manifestant ainsi l'intention de recouvrer, au moins en partie, son émolument, puisqu'elle ne peut agir hypothécairement qu'à titre de créancière de ses reprises. N'est-il pas manifeste que cette seule prétention serait contraire

1. *Cont. du Nivernais*, chap. XXIII, art. 17.

au texte et à l'esprit de l'article 1483 ? S'il décharge la femme du passif de communauté, n'est-ce pas sous la condition qu'elle renonce à sa part d'actif ? En exerçant son hypothèque légale, elle reviendrait par conséquent sur l'abandon qu'elle aurait antérieurement consenti.

Une autre assertion a été présentée, toujours pour affranchir la femme acceptante, dans la mesure du possible, de l'obligation de garantie.

Au lieu d'imaginer que la communauté ne présente aucun émolument, on suppose qu'il en existe un. S'il en est ainsi, on sait que la femme n'est tenue que jusqu'à concurrence de cet émolument, et cela sans que jamais sa part contributoire dépasse la moitié des dettes qu'elle n'a pas contractées personnellement (1482 et 1483, C. c.). Valette (1) part de là pour proposer que la femme conserve, pour partie, dans cette hypothèse, son droit d'hypothèque légale. Et il ajoute, à l'appui de son opinion : l'obligation de garantie n'est-elle pas divisible, ainsi que l'admettaient Dumoulin et Pothier ?

Il suffira de noter, à l'encontre de Valette, qu'en cette matière la notion d'indivisibilité est presque toujours admise. En effet, l'obligation de garantie est une obligation de ne pas faire ; elle est donc indivisible. Car, étant donné le caractère propre de l'obligation

1. Valette, œuvre citée, p. 257.

en cause, un trouble, même des plus légers, serait un manquement aux engagements pris et justifierait le recours à l'exception de garantie (1).

3° *Jurisprudence française*. — En ce qui concerne la question au sujet de laquelle nous venons de rapporter les opinions doctrinales, on trouve des décisions de jurisprudence contradictoires.

Les unes décident que la femme acceptante conserve tous les droits qui résultent de sa qualité de créancière de ses reprises vis-à-vis du mari ; que, par suite, elle peut exercer l'hypothèque légale attachée à cette qualité, même à l'encontre des tiers qui ont acquis des droits, du chef du mari seulement, sur les immeubles communs (2). Il faut cependant remarquer que ce système s'écarte de celui qui est habituellement admis par la jurisprudence.

En effet, il a été jugé que les conquêts vendus par le mari durant la communauté sont affranchis de l'hypothèque légale (3).

De même, il a été jugé que la femme acceptante ou le tiers subrogé à son hypothèque légale, ne peuvent être colloqués en vertu de cette hypothèque sur

1. V. en ce sens notamment Cass., 14 déc. 1868. D. 69.1.222 ; Cass., 8 novembre 1893. D. 94.1.417.

2. V. Dalloz J.G.S. *Privil. et hypoth.*, 504. Cf. Rouen, 29 mai 1843 et, sur pourvoi, Civ., rej., 28 juin 1847. D. 47.1.299 ; Paris, 15 juin 1868, D. 69.2.161, note Brésillion. Bordeaux, 28 juin 1870 ; D. 71.2.99.

3. Cass. req. 16 février 1841. D. 41.1.126 ; S. 41.1.550.

les conquêts échus au mari dans le partage de cette communauté, qu'après les créanciers auxquels ces mêmes conquêts ont été hypothéqués pendant la communauté par le mari (1).

Ces arrêts sont suffisamment explicites par eux-mêmes ; mais s'il en était besoin on pourrait encore dégager la thèse qu'ils expriment de décisions relatives à la situation de la femme vis-à-vis des créanciers purement chirographaires. Car si l'on considère comme inadmissible, avec la Cour d'Angers par exemple, que la femme soit traitée plus rigoureusement que les autres créanciers du mari assurés de garanties légales, à l'égard des créanciers purement chirographaires, c'est admettre implicitement que l'on ne pense pas de même lorsqu'elle se trouve en présence de créanciers hypothécaires (2).

4° *Jurisprudence belge et jurisprudence des pays rhénans.* — Si nous nous tournons du côté de la Belgique, nous verrons que la solution nouvellement adoptée en France est également celle qui a prévalu chez nos voisins.

Ici, comme en France, on établit des sous-distinctions dans l'hypothèse de la femme acceptante :

1. Colmar, 1<sup>er</sup> mars 1855. D. 57.2.37.

2. Angers, 21 avril 1891. *Pand. françaises*, 92.2.38. La Cour d'Angers statuait ensuite du renvoi de la Cour de cass., suivant arrêt du 31 mars 1890 (*Pand. franç.*, 90.1.384).

On décide que, si les conquêts sont mis dans le lot de la femme, son hypothèque tombe ; que si le mari les reçoit dans son lot ils restent au contraire grevés de la sûreté réelle qui pèse sur eux.

D'autre part, on décide, dans le cas où le mari a aliéné ou hypothéqué un conquêt, qu'elle est censée avoir concouru à l'aliénation ; qu'en conséquence elle ne peut opposer son hypothèque au tiers acquéreur ou à un autre créancier hypothécaire (1). De telle sorte que l'opinion dominante en Belgique est identiquement celle qui l'emporte également en France.

A ce sujet, la jurisprudence des pays rhénans, que nous aurions voulu examiner ici comme dans l'hypothèse de la renonciation, ne nous donne aucun éclaircissement. En particulier, Crome ne fait sur ce point que citer les noms d'auteurs français auxquels, en définitive, il se réfère. « Le point douteux, déclare-t-il, est seulement de savoir quel effet a l'acceptation de la communauté par la femme. Aubry et Rau, Duranton et Troplong lui refusent alors le droit d'exercer son hypothèque sur les conquêts aliénés et à l'encontre des hypothèques consenties sur eux par le mari. En principe, il faut, par argument résultant de l'article 883, reconnaître le droit d'hypothèque de la femme sur les immeubles mis au lot du mari. Seulement, la femme doit, par suite de l'accep-

1. Cf. notamment Laurent, t. XXX. n° 370.

tation de la communauté, subir les effets des aliénations et constitutions de droits réels consentis par le mari comme chef de celle-ci, et est tenu en outre des dettes de la communauté conformément aux articles 1482 et 1483. »

« Il en résulte que son droit de gage ne lui sert de rien à l'égard des aliénations et constitutions de droits réels faites par le mari, et qu'elle ne peut l'exercer contre les créanciers chirographaires que sans préjudice de ses obligations comme commune en bien (1). »

5° *Objection finale à considérer.* — Nous en aurions terminé avec ce chapitre, si un point spécial ne pouvait être mis en discussion. Voici le raisonnement que l'on pourrait faire en effet :

On admet communément que la femme acceptante ne peut opposer son hypothèque légale au tiers qui a acquis, du chef du mari, un droit réel sur un conquêt. Pour justifier cette assertion, Aubry et Rau, par exemple, déclarent ceci : « La femme qui accepte *est censée* avoir toujours été représentée par le mari dans les actes et jugements relatifs aux biens communs. Ils lui profitent et lui sont opposables comme si elle avait figuré ou concouru en personne... (2). »

1. Crome. *Handbuch des Französischen Civilrechts*, 8<sup>e</sup> éd., 1894, t. II, note 22, p. 46-47.

2. Aubry et Rau, t. III, par. 264 *ter.* note 31, p. 228, 4<sup>e</sup> éd.

Mais, peut-on dire, toute cette argumentation repose sur une fiction. « La femme qui accepte est censée avoir toujours été représentée par le mari... » Cette façon même de s'exprimer révèle la fiction à laquelle on a recours, et cela en l'absence d'un texte formel. Reste à savoir s'il est licite de procéder ainsi.

Laurent remarque à ce sujet qu'on ne se réfère nullement à une fiction inexprimée dans les textes. On se réfère, à proprement parler, à la réalité (1).

En effet, si l'on y réfléchit, la femme durant la communauté est toujours associée et représentée par son mari. Seulement, au moment de la dissolution de la société, une option se présente à elle.

En premier lieu, elle peut accepter la communauté ; et alors la qualité de commune est consolidée définitivement sur sa tête.

En sens inverse, elle peut renoncer ; et alors tout se passe *comme si elle n'avait jamais été commune*.

En d'autres termes, la femme, antérieurement à sa renonciation, était associée à son mari d'une façon effective ; mais lorsqu'elle s'arrête au parti de renoncer, les effets attachés à sa qualité de commune en biens se trouvent effacés. Ce qui revient à dire que, dans cette hypothèse, il y a supposition d'un fait contraire à la nature des choses, fiction en un mot.

1. Laurent. *Pr. de dr. civil*, t. XXX, n° 368 et s., p. 326, éd. de 1878.

Nous l'avons du reste admis et cherché à justifier (1).

Cela étant donné, il n'est pas possible qu'il y ait aussi fiction dans le cas d'acceptation. Lorsque deux situations juridiques sont inverses l'une de l'autre, ce qui se présente en l'espèce, il ne peut y avoir supposition d'un fait contraire à la nature des choses dans une hypothèse, sans que l'autre soit nécessairement conforme à la réalité. Nous estimons donc que l'opinion de Laurent est exacte : lorsqu'on veut expliquer la situation juridique de la femme acceptante, ce serait à tort qu'on ne se bornerait pas à constater qu'elle répond strictement à la réalité et qu'elle s'explique ainsi.

Tel est du moins notre sentiment intime.

1. V. *supra*, p. 48 et s.

## TITRE II

*De l'exercice de l'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts pendant la durée de la communauté.*

La situation que nous nous proposons d'examiner dans ce titre est une situation exceptionnelle. Nous l'avions d'ailleurs signalé par avance dans notre introduction.

Pour qu'elle se présente, il faut supposer qu'un ordre est ouvert, avant la dissolution de la communauté, pour la distribution du prix d'un conquêt. D'autre part, il faut qu'à la suite de l'ouverture de l'ordre, la femme demande à être colloquée sur le prix par préférence aux autres créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. Il s'agit de savoir si sa prétention, qu'elle fonde sur l'hypothèque légale dont elle est investie, est admissible. Il s'agit aussi de savoir, lorsqu'un ordre est ouvert pendant la communauté, quels sont les droits des créanciers et des personnes subrogées à son hypothèque.

Pour répondre à cette double question, il faut dis-

tinguer les trois hypothèses qui donnent lieu à l'ouverture d'un ordre.

Tout d'abord cette circonstance se présentera quand un conquêt aura été aliéné volontairement par le mari et, qu'à la suite de cette aliénation, l'acquéreur fera des offres, afin de purger l'immeuble.

En second lieu, cela se présentera lorsque des conquêts auront fait l'objet d'une expropriation forcée ; ce qui d'après l'interprétation admise par la jurisprudence a pour effet de constituer le mari en état de déconfiture.

Enfin, un ordre sera encore ouvert dans le cas de faillite ou de liquidation judiciaire du mari quand les créanciers munis de sûretés réelles ou le syndic poursuivront contre lui l'expropriation d'un immeuble commun.

Dans ces trois hypothèses les droits de la femme sont toujours les mêmes. Au contraire, les droits des créanciers de la femme et des personnes subrogées à son hypothèque légale varient suivant que l'on se trouve dans l'une ou dans l'autre.

La division de ce titre est par là même indiquée. Dans un premier chapitre, nous étudierons les droits de la femme ; dans un second chapitre, nous étudierons les droits de ses créanciers et des subrogés à son hypothèque légale.

## CHAPITRE PREMIER

### Droits de la femme

D'après ce que nous venons d'indiquer, nous nous plaçons, en ce qui concerne la femme, dans l'éventualité où un ordre est ouvert, quelle que soit la cause qui provoque cette mesure.

Nous supposons que la femme se présente pour être colloquée par préférence aux créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. Elle prétend que l'hypothèque légale qui lui est reconnue justifie à bon droit sa demande. Est-il juste de reconnaître que son allégation est fondée ?

Il est d'évidence, qu'à ce point de vue, la négative ne pourrait être que difficilement admise. Car on ne pourrait répartir le prix à distribuer entre les créanciers, même d'une façon toute provisoire, sans compromettre les intérêts de la femme. Si les autres créanciers étaient colloqués tout de suite, sans que son hypothèque légale entrât en ligne de compte, ses droits éventuels pourraient être compromis. Les autres créanciers auraient été désintéressés avant qu'elle

ait pu prendre parti sur la communauté et il serait à craindre, dans le cas où elle renoncerait alors, que son recours contre eux n'eût qu'une portée théorique. Ils auraient en effet tout le temps de devenir insolvables. Il est donc naturel et équitable de reconnaître à la femme le droit d'obtenir une collocation au moment où l'ordre est ouvert.

Seulement, cette collocation ne peut être définitive. A l'époque où nous sommes placés, la communauté dure encore. Par conséquent, on ne peut savoir si, lorsqu'elle sera dissoute, la femme aura des reprises à exercer. En d'autres termes, on ne peut déterminer avec certitude si la femme sera alors créancière ou non de son mari, à raison de la gestion qu'il aura exercée. La collocation dont il s'agit ne peut donc être que *provisoire, éventuelle*.

A cette considération s'en ajoute une autre qui lui donne plus de force. A supposer qu'à la dissolution de la communauté, la femme soit créancière comme ayant des reprises à faire valoir, elle ne sera en mesure d'exercer sa créance munie de l'hypothèque légale que si elle a renoncé; ou si tout au moins, à la suite de son acceptation, l'immeuble aliéné a été mis au lot du mari, sans que cependant des tiers aient acquis des droits réels sur l'immeuble du chef de celui-ci.

Il ne faut pas en effet oublier que, selon la jurisprudence, notre hypothèque légale n'a qu'un carac-

tère *conditionnel* pendant la durée de l'association conjugale. Ce qui revient à dire que son existence et son étendue sont subordonnés au parti que prendra la femme à la dissolution de la société. Si elle accepte et qu'il n'existe pas de créanciers de la communauté, elle a le droit de faire valoir son hypothèque vis-à-vis de son mari. Mais si, à l'inverse, il existe des tiers ayant acquis antérieurement des droits réels sur les conquêts, on sait qu'elle n'a plus le pouvoir d'agir hypothécairement. Enfin, si elle renonce, elle peut exercer incontestablement son hypothèque sur les conquêts. Aussi faut-il lui reconnaître le droit de faire à cet égard tous actes conservatoires.

En conséquence, elle conserve, tant qu'elle n'a pas pris parti, un droit éventuel à être colloquée, en vertu de son hypothèque légale, sur le prix des acquêts aliénés par son mari. Mais cette collocation, étant subordonnée à la décision qu'elle prendra à la dissolution de la communauté, ne peut être faite *qu'à titre éventuel* (1).

Toutefois, il faut remarquer que si la femme est colloquée éventuellement, elle ne touchera pas immédiatement. Les fonds qui devraient lui être attribués seront consignés. En cas de renonciation, ils seront

1. Sur le droit de collocation de la femme à titre éventuel, cf. Fuzier-Hermann, *Code civil annoté*, art. 2121, n° 143. Cf. S. 62.2.458; P. 63.2.161; D. P. 68.2.147; D. P. 73.1.38; Pau, 28 juin 1884. D. 85.2.253; Trib. civ. Seine, 1904 (sous Paris, 5 juin 1905). D. 08.2.129.

touchés par elle ou ses héritiers ; en cas d'acceptation, ils seront versés aux autres créanciers hypothécaires du mari, dans l'ordre de leur collocation (1).

Il est presque inutile de dire en terminant sur ce point que la femme ne pourrait se faire colloquer, alors qu'aucun ordre ne serait ouvert pour la distribution du prix d'un immeuble commun.

Cette prétention serait inacceptable. Elle aurait pour résultat de paralyser le droit accordé au mari par les conventions matrimoniales : c'est, à savoir, le droit de percevoir les capitaux appartenant à la communauté ou même à la femme (2).

1. Sur ce qui se trouve au texte, cf. également Aubry et Rau, t. III. par. 264 *ter*, texte et notes 35, 36, 4<sup>e</sup> édit. ; Rouen, 11 mars 1846. D. 46, 2.182 ; S. 46.2.503 ; Bastia, 25 janvier 1862. D. 68.2.147 ; S. 62.2.458 ; Civ. cass. 19 nov. 1872. D. 73.1.38 ; Paris, 24 nov. 1902. D. 03.2.86. *Contra*, Metz, 31 déc. 1867. D. 68.2.145.

2. Cf. D. P. 68.2.145.

## CHAPITRE II

### **Droits des créanciers de la femme et des subrogés à son hypothèque légale**

Pour déterminer les droits des personnes dont nous nous occupons à présent, il est nécessaire d'examiner successivement les trois hypothèses signalées au début de ce chapitre.

Il n'y a pas de difficulté en ce qui concerne la première d'entre elles. Lorsqu'un ordre est ouvert après aliénation volontaire suivie de purge, les créanciers de la femme et les personnes subrogées à son hypothèque légale ont identiquement les droits de celle-ci.

Il n'en est plus de même quand l'ordre a été ouvert à la suite d'une expropriation forcée, c'est-à-dire quand le mari se trouve :

1° En état de déconfiture ;

2° En état de faillite ou de liquidation judiciaire.

En effet, dans ces hypothèses, les créanciers de la femme et les subrogés à son hypothèque légale ont des droits plus étendus que les siens propres. Il faut sans doute tenir compte des textes qui limitent en

cas de faillite, ou de liquidation judiciaire l'étendue de l'hypothèque légale de la femme, c'est-à-dire des articles 563 et 564 du Code de commerce. Mais en revanche il y a ici à tirer bénéfice de l'article 1446 2°, du Code civil. Celui-ci autorise les créanciers de la femme à exercer immédiatement les droits qu'aurait eus leur débitrice en cas de faillite ou de déconfiture, si la séparation de biens avait été prononcée. Or s'il en était ainsi, rien ne ferait obstacle à ce que la femme obtint une collocation définitive. L'article 1446-2° du Code civil permet donc aux créanciers de la femme et aux subrogés à son hypothèque légale d'obtenir cette collocation. Les premiers bénéficieront de cet avantage non pas en leur nom personnel, mais au nom de leur débitrice, même à l'égard de tiers détenteurs de conquêts aliénés par le mari (1). Les seconds au contraire en bénéficieront en leur nom personnel pour le montant de ce qui leur est dû.

Dans ces conditions, on voit qu'il est juste de dire que les uns et les autres ont plus de droits que la femme elle-même.

1. Aubry et Rau, t. III, par. 264 *ter*, texte et note 39, p. 230, 4<sup>e</sup> édit. ; 5<sup>e</sup> éd., p. 389.

Orléans, 24 mai 1848. D. 48.2.185 ; S. 50.2.145 ; Paris, 30 juin 1853, D. 55.2.356 ; Orléans, 12 juillet 1854. S. 54.2.561, et sur pourvoi : Civ. rej., 4 févr. 1856. S. 56.1.225 ; Colmer, 20 nov. 1855. S. 56.2.580.

En ce qui concerne les tiers détenteurs de conquêts aliénés par le mari : Metz, 20 janv. 1859. S. 60.2.367.



## DEUXIÈME PARTIE

### DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE SUR LES CONQUÊTS DANS LE RÉGIME MATRIMO- NIAL CONSTITUÉ PAR L'ADJONCTION D'UNE SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS AU RÉGIME DOTAL.

On sait qu'aux termes de l'article 1581 du Code civil, les époux peuvent, tout en se soumettant au régime dotal, stipuler une société d'acquêts.

Lorsqu'il en est ainsi, on se trouve en présence d'une combinaison de régimes très différents, et dont la contrariété même entraîne des conflits entre des règles opposées. Pour les résoudre, on est d'accord sur les points suivants : il faut en premier lieu observer les anciens usages que le Code a entendus conserver. Il faut ensuite ne pas oublier que la société d'acquêts n'est pas, dans la combinaison prévue par l'article 1581 du Code civil, la partie principale du régime composite qui a été adopté. Elle n'est, vis-à-vis du régime dotal auquel elle est adjointe, qu'un correctif permettant d'apporter remède à certains vices que présente celui-ci. Elle permet notamment à la femme de participer aux économies et aux bénéfices que les époux réalisent en commun, ce qui ne pour-

rait être dans le régime dotal ordinaire, en vertu du principe de la séparation des patrimoines des époux. Mais — il ne faut pas l'oublier — cette société d'acquêts n'est qu'un correctif, un accessoire.

Cela même indique l'idée directrice qui permettra de donner une solution aux conflits pouvant se produire entre des règles divergentes. Ce sont celles du régime dotal qui devront toujours l'emporter, puisque dans la combinaison autorisée par la loi il joue le rôle principal.

Il est dès lors naturel de poser la question suivante : la présence du régime dotal ne modifie-t-elle pas ici les droits de la femme, en ce qui concerne l'exercice de son hypothèque légale sur les conquêts ? Il est, permis de le penser, car — pour déterminer ces droits — nous n'avons eu dans la première partie de ce travail qu'à observer les règles du régime de communauté pur et simple. Actuellement au contraire, il faudrait tenir compte des principes de dotalité et même leur donner la préférence, en cas de conflit, comme nous venons de le dire.

Aussi semble-t-il *a priori* que les solutions données ne pourront être identiquement les mêmes (1).

1. Nous devons remarquer, pour être complet, que l'on pourrait concevoir une hypothèse inverse de celle que nous examinons. Nous considérons présentement le cas où une société d'acquêts est adjointe au régime dotal. On pourrait, en sens contraire, considérer le cas où des clauses dotales sont adjointes au régime de communauté. C'est ainsi qu'une clause fréquente dans les contrats de mariage à Paris

Il faut examiner successivement : 1° la situation au moment de la dissolution du mariage ou en cas de séparation de biens ; 2° la situation avant que cette dissolution ou cette séparation de biens ne soit intervenue.

## I. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE

Supposons donc que nous soyions placés au moment de la dissolution du mariage ou au moment d'une séparation de biens. Dans quelle mesure la garantie de l'hypothèque légale sur les conquêts est-elle assurée à la femme ? Il faut distinguer les deux hypothèses de renonciation et d'acceptation.

1° *Femme renonçante*. — Si la femme renonce, elle exerce son hypothèque légale sur les conquêts. Car, en vertu de l'effet déclaratif du partage, les immeubles de communauté sont censés avoir toujours été la propriété du mari.

Il faut toutefois se garder de confondre à ce sujet stipule la faculté d'aliénation de biens dotaux à charge de remploi. Dans ces conditions, il peut arriver que le remploi n'ait pas été fait, ou n'ait été fait que partiellement. Il peut se produire en même temps, ce fait qu'une clause expresse dispense les tiers de toute responsabilité relativement au remploi. Est-ce que la femme peut alors exercer son hypothèque légale sur les conquêts pour garantir ses reprises dotales ? Nous estimons que la question se pose et se résout de la même façon que dans l'hypothèse visée au texte, c'est pourquoi il nous suffira d'y renvoyer pour le détail. Agir différemment serait enlever aux clauses dotales introduites leur utilité et leur raison d'être.

les reprises dotales et les reprises paraphernales. La femme, en intervenant dans les engagements de son mari, a pu compromettre ces dernières. Elle a pu, par exemple, s'obliger avec son mari, solidairement ou conjointement. Elle a pu encore subroger à son hypothèque légale ou bien y renoncer. Dans tous ces cas, elle serait mal venue à prétendre exercer la sûreté hypothécaire que normalement la loi lui donne ; car elle se trouve alors dans les circonstances d'exception où elle ne peut légitimement l'invoquer.

Il n'en est pas de même relativement à ses reprises dotales. Les biens dotaux sont inaliénables et par conséquent la femme ne peut compromettre par ses actes les reprises qu'elle exerce de ce chef ; elle ne peut davantage compromettre l'hypothèque qui les lui garantit. Ce n'est là que l'application du principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Certains auteurs (1) ont cependant soutenu l'opinion que la femme ne peut, même en renonçant, exercer pour ses reprises dotales son hypothèque légale sur les immeubles de la société d'acquêts. La femme, disent-ils, ne peut faire valoir son hypothèque légale au préjudice des créanciers vis-à-vis desquels elle s'est obligée. C'est du moins le principe généralement admis en ce qui concerne la communauté et qui doit aussi régir, à leur avis, la société d'acquêts adjointe au régime dotal.

1. Tessier. *Société d'acquêts*, n° 189 ; Trolong, III, 1911.

Il est aisé de répondre à cette argumentation. Si la femme ne peut, en matière de communauté, invoquer son hypothèque légale au détriment des créanciers envers lesquels elle s'est engagée, c'est qu'elle a toujours la faculté de renoncer à son hypothèque légale. Il en est tout autrement pour la société d'acquêts. Le principe de dotalité dominant la matière ainsi qu'il a été indiqué, la femme ne peut, par aucun acte, compromettre, durant le mariage, l'exercice de cette hypothèque (1).

Cette solution a été nettement accusée par un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation du 16 novembre 1847 (2). Il était rendu dans une hypothèse où la femme dotale avec société d'acquêts renonçante s'était obligée conjointement avec son mari envers les créanciers communs. Elle avait consenti avec lui à la constitution d'une hypothèque en leur faveur, sur les conquêts. La Chambre des requêtes a estimé cependant qu'elle pouvait faire valoir son hypothèque légale, pour ses requises dotales, sur les biens de cette communauté à laquelle elle avait renoncé.

Cet arrêt souligne la différence de solution que détermine l'application du principe de l'inaliénabilité,

1. Cf. Aubry et Rau, t. V, par. 541 *bis*, note 3, p. 643, 4<sup>e</sup> éd.

2. Cass., 16 nov. 1847. S. 48.1.26 ; D. 48.1.46. Cf. Orléans, 16 mars 1850. D. 50.2.76.

de la dot. Sous le régime de communauté pur et simple, lorsque la femme a donné son concours à la constitution d'hypothèque faite par le mari, elle ne peut plus exercer son hypothèque légale au détriment du créancier. Du moment qu'elle est intervenue alors que son consentement n'était pas nécessaire à la validité de l'acte, elle n'a pu le faire que dans l'intention de donner plus de sécurité au tiers en cause : elle a renoncé tacitement à son hypothèque en sa faveur (1).

En revanche, si le contrat de mariage des époux comporte une société d'acquêts adjointe au régime dotal, il en est différemment. L'esprit de dotalité est que la protection de la dot doit toujours être assurée ; qu'elle doit même être à l'abri des actes par lesquels la femme pourrait la compromettre. Pour qu'il en soit ainsi, la Chambre des requêtes a décidé que l'exercice de l'hypothèque légale serait admis sur les conquêts, bien que cet exercice dût préjudicier aux créanciers envers lesquels la femme s'était obligée conjointement avec son mari.

2° *Femme acceptante*. — Nous devons à présent examiner la situation juridique devant laquelle on se trouve placé, en cas d'acceptation de la communauté.

1. V. en particulier : Req., 8 août 1854, D. 55.1.337 ; S. 54.1.521 ; Civ. rej., 26 juin 1855, D. 55.1.273 ; S. 55.1.670 ; Metz, 22 janvier 1856, D. 56.2.152 ; S. 56.2.395 ; Amiens, 11 nov. 1858, D. 59.2.128 ; Civ. cass., 25 févr. 1862, D. 62.1.240 ; S. 62.1.356.

Pour raisonner, il faut encore établir une distinction suivant le résultat du partage ; ce qui amène à étudier successivement :

1° Le cas où les conquêts se trouvent placés, après partage, dans le lot de la femme.

2° Le cas où les conquêts se trouvent placés dans le lot du mari.

Si l'on admet que les immeubles considérés sont attribués à la femme, on sait quelle est la solution habituelle, sous le régime de communauté ordinaire (1). Ces biens sont censés lui avoir toujours appartenu en vertu de l'effet déclaratif du partage ; d'où l'on déduit que son hypothèque légale ne peut les frapper, puisqu'elle n'atteint que les immeubles du mari.

La solution à intervenir sera-t-elle la même dans les circonstances où nous sommes placés ? Cela n'est pas possible et, une fois de plus, l'influence prépondérante du régime dotal doit s'accuser. Même si le partage attribue les conquêts à la femme, il est, nous semble-t-il, de toute nécessité qu'elle puisse user de son hypothèque légale, à l'encontre des créanciers hypothécaires de la communauté. Car, s'il en était autrement, ses reprises dotales pourraient être compromises et dépendraient par trop de la composition des lots formés pour le partage. Adopter une telle

1. V. *supra*, p. 52.

solution n'est d'ailleurs qu'observer la pensée directrice qui, en la matière, doit nous permettre de résoudre les difficultés.

Il ne semble pas d'ailleurs que cette hypothèse ait fait question dans la pratique.

Tout autre est le cas où, à la suite du partage, les conquêts ont été attribués au mari. Un arrêt de la Cour de cassation a décidé que la femme pouvait, dans cette éventualité, exercer son hypothèque légale à l'encontre de tiers acquéreurs, même si elle s'était obligée envers eux conjointement avec son mari (1).

Cependant le droit hypothécaire de la femme, en de telles circonstances, a soulevé des objections.

Selon Bertauld, certains auteurs ont soutenu que la femme n'avait pas alors hypothèque sur les conquêts ; car l'effet rétroactif de l'acceptation est d'affranchir les conquêts de cette charge et d'empêcher qu'elle ait jamais eu d'existence (2).

A vrai dire, l'assertion ainsi présentée n'est pas suffisamment explicite. Si toutefois il est fait allusion à l'idée d'une ratification, donnée implicitement par la femme quand elle accepte et expliquant la disparition de son hypothèque sur les conquêts, deux observations principales sont à présenter.

1. Cass., 28 juin 1847. S. 47.1.493.

2. Bertauld. *De l'hypoth. lég. des femmes mariées sur les conquêts de communauté*, chap. 1<sup>er</sup>, par. 1<sup>er</sup>, n° 30.

En premier lieu, si l'on admettait un instant cette idée de ratification, elle ne pourrait se justifier que d'une façon partielle. Dans le régime composite en présence duquel nous sommes placés, la femme ne recouvrirait sa capacité entière que si le mariage s'était dissous en même temps que la communauté. Elle posséderait alors la faculté de renoncer à son hypothèque et, en conséquence, de la perdre en acceptant. Mais en sens opposé si la communauté était dissoute pendant le mariage, à la suite d'une séparation de corps ou de bien, la femme conserverait son hypothèque malgré son acceptation. Car elle serait encore protégée par l'inaliénabilité dotale et ne pourrait donc se dépouiller de son hypothèque.

En second lieu, nous rappelons qu'il ne faut pas accepter sans réserve cette idée de ratification. Juridiquement parlant, on ne peut la faire intervenir ici sans commettre une erreur.

Nous n'avons au surplus qu'à rappeler ce que certains ont voulu entendre en parlant de ratification (1). Ils voulaient dire simplement, à notre avis, que l'acceptation avait pour résultat de fixer définitivement sur la tête de la femme sa qualité de commune en biens. En conséquence, les actes émanés du mari seront censés émaner de la femme elle-même. Tenue d'observer les engagements pris par son mari, elle

1. Cf. Planiol, t. II, n° 2826, p. 864 en note, 4<sup>e</sup> éd.

ne pourra donc exercer son hypothèque légale à l'encontre des tiers qui ont traité avec celui-ci.

Seulement, ce raisonnement logique se heurte en l'espèce à un obstacle. C'est d'une femme dotale qu'il s'agit, c'est-à-dire d'une femme à laquelle les principes du régime adopté assurent une protection absolue. Or si l'on admettait le raisonnement développé plus haut, il serait possible de faire dépendre cette protection du résultat du partage. C'est là une conséquence qu'on ne peut admettre lorsqu'on connaît les règles inflexibles qui régissent le régime dotal.

Troplong (1) a contesté, lui aussi, le droit hypothécaire de la femme dans l'hypothèse qui a fait l'objet de l'arrêt précité de la Cour de cassation, en date du 28 juin 1847.

Pour soutenir le point de vue qu'il adoptait, il a dit que l'actif social était affecté par préférence aux créanciers sociaux dont il est le gage spécial. Il a seulement oublié que la femme acceptante, alors qu'elle exerce ses reprises dotales, est de son côté créancière de la société. C'est en cette qualité, et non pas comme associée, qu'elle détient son hypothèque. S'il en est ainsi, il n'y a pas de raison pour méconnaître, entre créanciers sociaux, l'ordre de préférence résultant des hypothèques et ne pas faire passer la femme d'abord.

1. Troplong, *Contrat de mariage*, n° 1913.

Pour Aubry et Rau, une distinction leur paraît nécessaire, suivant que la femme se trouve en présence de créanciers envers lesquels elle s'est engagée ou de tiers acquéreurs.

Dans le premier cas, ils partent de l'idée que les renonciations ne se présument pas. Ils mettent à part l'éventualité d'après laquelle la femme, ayant fait inventaire, jouirait du bénéfice de l'article 1483. Et ils admettent que — même en dehors de cette hypothèse — il est des circonstances où il n'est plus permis de considérer l'acceptation de la société d'acquêts comme entraînant de la part de la femme la renonciation à son hypothèque légale. Il semble bien en particulier que l'espèce visée par l'arrêt de cassation du 28 juin 1847 soit de celles qu'ils aient voulu considérer.

En revanche, ils estiment que, par son acceptation, la femme a perdu le droit de poursuivre hypothécairement les tiers acquéreurs de conquêts. En acceptant la société d'acquêts, elle a confirmé les aliénations consenties par le mari qui, dès lors, lui sont opposables (1).

A notre avis, la distinction adoptée par Aubry et Rau implique contradiction. S'il faut admettre que la femme acceptante conserve, dans certains cas, le

1. Aubry et Rau, t. V. par. 541 bis, texte et notes 7 et 8, p. 645 4<sup>e</sup> éd.

droit d'exercer son hypothèque légale vis-à-vis de créanciers envers lesquels elle s'est engagée, ce n'est pas seulement parce que les renonciations ne se présumant pas. C'est aussi parce que déclarer valables les obligations contractées par la femme dans ces conditions serait permettre l'aliénation de la dot sous une forme indirecte (1). Ce serait en même temps porter atteinte au principe de l'inaliénabilité des biens dotaux. Or il n'en peut être ainsi, puisque dans une société d'acquêts adjointe au régime dotal, c'est ce dernier, avec les règles qui le régissent, qui l'emporte en cas de conflit. Et voilà la raison essentielle de la solution qu'Aubry et Rau, dans cette hypothèse, sont les premiers à reconnaître.

Seulement, cette conclusion nécessite qu'il soit statué de la même façon dans le cas où la femme se trouve en présence de tiers acquéreurs.

On peut reprendre, à peu de choses près, ce qui a été dit plus haut : déclarer opposables à la femme les aliénations de conquêts consenties par le mari, cela reviendrait à admettre que la dot soit compromise d'une façon détournée. Empêcher la femme de faire valoir son hypothèque légale sur les conquêts, c'est l'empêcher pour partie d'exercer ses reprises dotales. De la sorte, c'est donner au mari — d'une façon indirecte, mais certaine — un pouvoir que vient contredire l'adoption du régime dotal.

1. Cf. Cass. 28 juin 1847. S. 47.1.493 et la note 1.

Il nous semble donc qu'il faut reconnaître à la femme le droit d'agir hypothécairement, pour exercer ses reprises dotales, aussi bien à l'encontre des tiers acquéreurs qu'à l'encontre des tiers ayant la qualité de créanciers hypothécaires (1).

En résumé, quand une société d'acquêts est adjointe au régime dotal, le parti que prendra la femme au moment de la dissolution de la communauté est indifférent. Au cas d'acceptation comme au cas de renonciation, la solution est la même : la femme est toujours recevable à opposer aux tiers hypothèque légale sur les conquêts.

## — II. DEUXIÈME HYPOTHÈSE

Nous venons d'examiner la question de savoir si, après dissolution du mariage ou séparation de biens, la femme était admise à exercer son hypothèque légale sur les immeubles ayant composé l'actif de la société d'acquêts. C'est la question qui se pose le plus habituellement et, par conséquent, c'est elle qui présente le plus d'intérêt.

On se souvient cependant qu'au cours de la première partie de cette étude, nous avons envisagé successivement deux points différents.

Nous avons d'abord cherché à résoudre les diffi-

1. Voir cependant Bordeaux, 3 déc. 1858, S. 59.2.225. V. sur notre question Huc, t. IX, n° 508 ; Guillouard, t. IV, n° 2209.

cultés qui se posent, après dissolution de la communauté, en ce qui concerne l'exercice de l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts.

Puis nous avons cherché à savoir ce qu'il adviendrait de cette hypothèque et de son exercice, dans le cas où la dissolution de la communauté n'est pas encore intervenue. Lorsqu'un ordre est ouvert, avant la dissolution de la communauté, pour la distribution du prix d'un conquêt, nous avons dit les droits de la femme. Elle a la faculté de demander à être colloquée sur le prix par préférence aux autres créanciers hypothécaires inscrits. Seulement, l'exercice de l'hypothèque légale de la femme étant subordonné au parti qu'elle prendra sur la communauté, et au résultat du partage, la collocation dont s'agit n'a qu'un caractère *provisoire*.

En est-il de même lorsqu'une société d'acquêts est adjointe au régime dotal ? Pour que la solution fut identique, il faudrait que les raisons données plus haut dûssent être maintenues. Or il n'en est rien. Quand le régime dotal intervient, nous avons vu que l'exercice de l'hypothèque légale paraît toujours possible sur les immeubles faisant partie de la société d'acquêts. Le parti pris par la femme à la dissolution de cette société et le résultat du partage ne paraissent, avoir ici aucune influence. En conséquence il y a lieu de croire que rien ne s'oppose à ce que l'hypothèque légale soit exercée, *et d'une façon définitive*, alors que

la société d'acquêts subsiste encore. En d'autres termes, c'est la solution inverse de celle qui doit prévaloir sous le régime de communauté pur et simple qui paraît devoir l'emporter ici.



## TROISIÈME PARTIE

### DE LA RÉPERCUSSION DE LA LOI DU 13 JUILLET 1907 SUR LA QUESTION DE SAVOIR SI L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME FRAPPE LES CONQUÊTS DE LA COMMUNAUTÉ

Au cours de cet exposé, nous nous sommes efforcés d'étudier dans son ensemble la question de savoir si l'hypothèque légale de la femme mariée portait sur les conquêts de communauté.

Nous avons en premier lieu examiné ce point relativement au régime de communauté pur et simple, au régime de communauté ordinaire.

Nous plaçant ensuite en présence du régime constitué par l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal, nous nous sommes demandés en second lieu si l'hypothèque légale de la femme pouvait s'exercer sur les conquêts dans cette hypothèque.

Dans les deux régimes envisagés, nous avons considéré successivement deux moments distincts : le moment précédant la dissolution et celui qui fait suite à celle-ci. Nous avons ainsi cherché à rendre

compte de la façon dont se posait et se résolvait, jusqu'à ces dernières années, un problème traditionnel.

Mais la loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée, est survenue depuis lors. On peut se demander si cette loi ne modifie pas la question dont nous avons entrepris l'étude, et si notamment elle n'en restreint pas la portée.

La loi du 13 juillet 1907 crée une catégorie de biens nouveaux, les « biens réservés », sur lesquels la femme mariée a désormais un droit de libre administration, et même un droit de libre disposition à titre onéreux.

Ces biens réservés sont constitués par les produits du travail personnel de la femme et par les économies en provenant.

Or si, à leur sujet, les pouvoirs du mari, comme chef du ménage, se trouvent transférés à la femme, il n'en reste pas moins vrai que, dans un régime de communauté, les biens réservés constituent une fraction des valeurs communes. L'article 5 (1) de la loi ne laisse aucun doute à ce point de vue. Du moment que l'alinéa premier de cet article déclare qu'ils donneront lieu à partage entre les époux à la dissolution de la communauté, ces biens ne peuvent être que communs. Le rapport présenté au Sénat par

1. Loi du 13 juillet 1907, art. 5, 1<sup>er</sup> : « S'il y a communauté ou sociétés d'acquêts, les biens réservés entreront dans le partage du fonds communs. »

M. Guillier confirme cette solution : « Le pécule ne constituera pas, pour la femme, un patrimoine propre et distinct, ce qui lui créerait un privilège sur l'homme ; *il restera bien commun.* » (1)

On peut donc chercher si la femme, tout au moins dans certaines circonstances, peut exercer son hypothèque légale sur les biens réservés de nature immobilière. Il n'est pas impossible d'admettre en effet que la femme puisse acquérir un immeuble sur les économies provenant de ses gains personnels. A ce point de vue nous avons surtout en vue la femme exerçant une profession libérale et aussi la femme commerçante dont les gains peuvent être considérables (2). L'acquisition de cette sorte étant un conquêt, suivant ce que nous venons de dire un peu plus haut, il y a bien lieu de savoir si la femme sera à même d'exercer sur ces biens la sûreté que lui donne la loi.

Etudions ce point précis en donnant les solutions positives qui semblent devoir se dégager de la loi de 1907.

Constatant ensuite, dans une deuxième section, que ce texte est, en tout cas, la manifestation d'un esprit nouveau, nous verrons s'il est vrai de dire que la portée du problème traditionnel se trouve modifiée par lui.

1. Sénat, séance du 14 mai 1907, *J. off.* du 15, débat. parl., p. 621.

2. On pourrait également songer à la femme artiste dramatique ou lyrique.

## SECTION I

## I. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE

Soit donc un régime de communauté pur et simple et un bien réservé de nature immobilière. Il faut toujours distinguer le cas où la femme est renonçante, et celui où elle est acceptante.

1° *Femme renonçante.* — Dans ce cas, selon l'article 5-2° de la loi du 13 juillet 1907, la femme gardera les biens réservés « francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont elles étaient antérieurement le gage, en vertu de l'article 3 de la présente loi ».

Il semble qu'alors l'hypothèque légale de la femme ne puisse pas s'exercer. Il apparaît que la femme ou ses héritiers en ligne directe ont le droit de garder *en propriété* ce qui constitue le pécule (1). Or, s'il en est ainsi, il ne peut être atteint par l'hypothèque en cause, dans le cas où il comprend des immeubles, car cette sûreté ne frappe que les biens du mari.

D'autre part, on pourrait ajouter que cette hypothèque serait, en l'espèce, sans grande utilité. Elle a essentiellement pour but de sauvegarder les intérêts de la femme, dans l'hypothèse où elle entre en conflit avec des créanciers de la communauté ou du chef

1. V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. *Du contrat de mariage*, II, n° 1410 et s.

du mari, administrateur légal : sa protection est par conséquent inutile — pour partie tout au moins — en présence des dispositions qu'édicte le législateur de 1907.

Le mari n'a plus, vis-à-vis des biens réservés, les pouvoirs qui lui sont normalement conférés sur les biens communs. Il n'est donc plus à redouter que des tiers, en raison des actes d'administration ou de disposition accomplis par lui, aient des droits sur tel ou tel immeuble faisant partie du pécule de la femme. La raison d'être principale de l'hypothèque légale de celle-ci a par cela seul disparu.

Toutefois son maintien pourrait être réclamé, en tirant parti du fait que les biens réservés pourront toujours être saisis par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage (1). Sans doute, c'est aux créanciers qu'il appartiendra de faire la preuve (2).

Cependant, il n'est pas impossible qu'ils y parviennent, et dans ce cas, si on refuse à la femme son hypothèque légale, elle se trouve dépourvue de protection. Elle est exposée à être primée sur les biens réservés, par des créanciers ayant satisfait à l'exigence établie par l'article 3 de la loi du 13 juillet 1907.

1. Loi du 13 juillet 1907, art. 3-2°.

2. La preuve que la dette a été contractée par le mari dans l'intérêt du ménage incombe au créancier (Loi du 13 juillet 1907, art. 3-3°).

A notre sens, cette considération d'utilité pratique ne peut être toute puissante. Le fait que la preuve incombe au créancier restreint de beaucoup le danger auquel la femme est exposée.

Mais, s'il se réalise, on ne peut, dans une vue d'utilité, reconnaître à la femme la faculté d'exercer son hypothèque légale sur des biens qui ne sont ni biens du mari, ni conquêts, mais qui semblent devoir être sa propriété, ainsi que nous l'avons dit (1).

La loi de 1907, lorsqu'elle entre en jeu, paraît ainsi dicter une solution contraire à celle qui était jusqu'alors communément et traditionnellement admise dans l'hypothèse de renonciation.

2° *Femme acceptante.* — La disposition ci-dessus de l'article 5 étant spéciale au cas de renonciation et d'autre part, le premier alinéa de l'article 5 étant formel, les biens réservés entreront dans le partage commun.

Si, parmi ces biens, il s'en rencontre qui soient immobiliers, il n'y aura pas de difficulté s'ils sont, au cours du partage, mis au lot de la femme. L'exercice de son hypothèque légale sur ces immeubles est impossible ; en vertu de l'effet déclaratif du partage ces biens sont censés lui avoir toujours appartenu.

Au contraire, si durant le partage ils sont attri-

1. V. *supra*, p. 110.

bués au mari, il semble qu'il faille admettre que l'hypothèque légale de la femme pourra s'exercer. C'est du moins l'opinion à laquelle paraissent devoir conduire les idées généralement reçues en cette matière.

En somme, tout le développement qui précède peut se résumer en disant : dans le régime de communauté pur et simple, l'hypothèque légale de la femme ne frappera les biens réservés qu'en tant que certains d'entre eux seront mis au lot du mari.

## II. — DEUXIÈME HYPOTHÈSE

En-est-il ainsi dans le régime constitué par l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal ?

Au premier abord, cette question ne paraît présenter qu'un très faible intérêt pratique. Dans la grande majorité des cas, il est rare que la femme qui retire des produits de son travail personnel ne soit pas mariée sous le régime de communauté ordinaire.

Nous croyons pourtant avoir à examiner l'hypothèse de société d'acquêts pour deux raisons principales.

La première est une raison du texte : le régime comportant une société d'acquêts est expressément prévu par l'article 5 de la loi du 13 juillet 1907.

La seconde est que — au point de vue théorique tout au moins — il n'est pas sans intérêt de consta-

ter que des difficultés se produisent dont le règlement est malaisé à faire.

Lorsqu'il y a une société d'acquêts adjointe au régime dotal, nous savons qu'il y a à tenir compte des principes du régime dotal. Nous savons même qu'en cas de conflit entre des règles divergentes dans le régime composite envisagé, l'idée directrice qui permet de les résoudre est que les principes de dotalité doivent toujours l'emporter. Observons toutefois que, dans ledit régime, nous avons spécialement en vue l'hypothèque légale de la femme en tant qu'elle garantit ses reprises dotales. Il lui est loisible en effet de compromettre ses reprises paraphernales (1).

1° *Femme renonçante*. — En ce qui concerne la femme renonçante, il faut, semble-t-il, répéter ce que nous venons de dire un peu plus haut à propos d'elle, dans le régime de communauté ordinaire. Il y a lieu d'appliquer l'article 5-2° de la loi du 13 juillet 1907. On se souvient que, d'après ce texte, la femme a le droit de retirer en propriété ce qui constitue le pécule. Par conséquent la faculté d'exercer son hypothèque sur les immeubles qui peuvent en faire partie paraît devoir lui être refusée.

Seulement, une complication se produit lorsqu'une société d'acquêts est adjointe au régime dotal. On peut admettre que, dans une communauté, la femme ne puisse bénéficier de son hypothèque en présence

1. V. *supra*, p. 95.

du texte exceptionnel que constitue l'article 5-2°. Cela la désarme sans doute vis-à-vis des créanciers du mari qui parviennent à prouver que celui-ci a contracté avec eux dans l'intérêt du ménage ; mais aucun principe fondamental ne s'oppose à cette solution. Bien plus, le fait que la femme a la propriété du pécule qu'elle retire ne permet pas d'envisager une autre éventualité.

Dans le régime composite que nous devons considérer au contraire, les choses se présentent différemment, puisque les principes de dotalité dominent la matière et doivent toujours recevoir application. C'est une règle absolue en particulier que la dot ne peut être compromise (théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière).

Or, avec les dispositions de la loi du 13 juillet 1907, cela reste possible. Les créanciers du mari visés par l'article 3 peuvent réussir à prouver que le mari a contracté avec eux dans l'intérêt du ménage. Ils ont alors la faculté de saisir les biens réservés. Mais, de la sorte, si l'on refuse à la femme d'exercer sur ces biens une hypothèque légale lui permettant de les primer, ses reprises dotales sont compromises. Pour sauvegarder la dot, ne faut-il donc pas maintenir l'hypothèque de la femme ? Il y a là une question qui semble presque insoluble et au sujet de laquelle nous avons voulu indiquer les difficultés théoriques que l'on rencontre.

2° *Femme acceptante*. — Lorsque la femme accepte la communauté et que les biens réservés lui sont attribués, il faut, semble-t-il, lui reconnaître l'exercice de son hypothèque légale. Si elle ne pouvait primer, grâce à cette sûreté, les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage, il serait encore à craindre que ses reprises dotales ne puissent être compromises. Pour qu'il en soit ainsi, il suffirait que les créanciers dont s'agit réussissent à faire la preuve qui leur incombe ; ils pourraient ensuite saisir les biens réservés, sans que la femme ait le pouvoir de s'y opposer. Dans ces conditions d'ailleurs, et puisqu'une saisie est à craindre, le sort de la dot serait trop subordonné à la composition des lots formés pour le partage. Notons au passage qu'au cours de notre seconde partie dans laquelle nous faisons abstraction de la loi de 1907, nous avons déjà adopté cette solution, et pour les mêmes raisons.

Nous savons qu'une autre éventualité est à envisager, celle où des biens réservés ont été attribués au mari, à la suite du partage. Mais ici il n'y a aucune difficulté pour admettre l'exercice de l'hypothèque légale de la femme. Il serait donc superflu d'y insister davantage.

### III. — TROISIÈME HYPOTHÈSE

Resterait à examiner une troisième hypothèse, celle où un ordre serait ouvert, durant la communauté, pour la distribution du prix d'un immeuble faisant partie des biens réservés. La question qui se poserait serait celle-ci : est-ce que, dans cette circonstance, la femme a le droit d'intervenir à l'effet de bénéficier d'une collocation provisoire, pour sauvegarder ses intérêts ?

La procédure d'ordre est le mode de règlement de la préférence entre créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles. Pour qu'elle puisse s'ouvrir, il faut donc tout d'abord qu'il existe des créanciers de cette nature.

En second lieu, pour que la femme puisse avoir droit à une collocation provisoire, il faut qu'il soit possible de la considérer elle-même comme créancière par rapport à son mari.

Il s'agit de déterminer si ces deux conditions peuvent être remplies et, pour le faire, il faut considérer, l'une après l'autre, les deux catégories de créanciers qui sont à même d'exercer leurs droits sur les biens réservés, en vertu de la loi de 1907.

Aux termes de l'article 3, 1° de ladite loi tout d'abord, la femme a pleine capacité pour s'obliger sur ses biens réservés, sans même que l'autorisation ma-

ritale lui soit nécessaire. Rien ne s'oppose, semble-t-il, à ce qu'elle ait ainsi des créanciers hypothécaires, relativement à ceux des biens composant son pécule qui peuvent être de nature immobilière. Rien ne paraît s'opposer également à l'ouverture d'une procédure d'ordre, durant la communauté, au sujet de ces immeubles.

Mais la femme ne peut intervenir dans la procédure engagée, afin de bénéficier d'une collocation provisoire. Elle ne peut en effet, à l'égard de ses propres créanciers hypothécaires, se prévaloir de son hypothèque légale qui seule lui permettrait d'agir. Elle n'exerce celle-ci, avons-nous dit, qu'en tant que créancière, de ses reprises, vis-à-vis du mari. Il faudrait donc supposer, pour qu'une collocation provisoire lui soit accordée, que le mari a pu constituer des hypothèques sur les biens réservés de nature immobilière. Mais la loi de 1907 y fait obstacle, puisque le mari n'a aucun pouvoir sur le pécule de la femme. Il ne peut en effet le grever valablement d'aucun droit réel, puisque c'est à celle-ci, et à elle seule, qu'est dévolu le droit d'administration et de disposition de cette masse.

L'article 3, 2° et 3° vise une seconde catégorie de créanciers pouvant saisir les biens réservés. Ce sont ceux qui ont contracté avec le mari, *dans l'intérêt du ménage*, et qui ont pu rapporter la preuve de cette circonstance.

Toutefois, il semble que, de leur part, l'ouverture d'une procédure d'ordre, pendant la communauté ne soit guère à craindre.

Car il s'agit de tiers qui ont généralement contracté avec le mari pour les besoins de la vie courante. Ainsi, par exemple, le bailleur de l'immeuble loué par le mari à titre d'habitation commune. Ces créanciers peuvent incontestablement bénéficier de privilèges — comme c'est le cas en l'espèce pour le bailleur d'immeuble —, mais il ne s'agit ni de privilèges immobiliers, ni d'hypothèques portant sur les biens réservés, et par conséquent ces créanciers ne se trouvent pas dans les conditions requises pour réclamer l'ouverture d'un ordre.

Il resterait peut-être, en dernier lieu, à signaler une hypothèse, sans doute exceptionnelle.

Ce serait celle où le mari agissant comme chef de l'association conjugale a constitué hypothèque sur un bien de communauté et où les immeubles autres que ceux faisant partie des biens réservés sont insuffisants pour remplir le créancier de ses droits. Il semble alors que ce dernier ait la faculté, conformément à l'article 2209 du Code civil (1), de poursuivre la vente des immeubles entrant parmi les biens réservés;

1. Art. 2209 C. c : « Le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués. »

c'est du moins ce qui paraît résulter de leur caractère de biens communs.

Mais alors on peut se demander si l'ouverture d'un ordre n'est pas ici possible, durant la communauté. La femme, pour sauvegarder ses droits qui dépendent encore du parti qu'elle prendra à la dissolution de la communauté, paraît être en mesure de demander et d'obtenir une collocation provisoire.

## SECTION II

Un dernier point reste à considérer :

On peut dire, qu'abstraction faite des solutions positives que contient la loi du 13 juillet 1907, elle marque une certaine tendance, elle manifeste un esprit nouveau. Tandis qu'elle entraîne une diminution des pouvoirs du mari comme chef de la communauté, elle donne à la femme plus de liberté. D'autre part, le but de l'hypothèque légale de la femme mariée est essentiellement un but de protection. Si l'on considère particulièrement le régime de communauté, cette sûreté n'est que la contre-partie de la situation subordonnée qui est celle de la femme dans l'association conjugale. Elle est destinée à compenser, dans la mesure du possible, les pouvoirs très larges dont le mari dispose sur le patrimoine commun.

Par conséquent, il ne semble pas illogique de

dire : la loi du 13 juillet 1907, diminuant incontestablement la situation subordonnée de la femme, est-il nécessaire de lui reconnaître toujours, avec la même étendue, la protection ancienne ? En particulier est-il nécessaire de lui accorder toujours hypothèque sur les conquêts ? Est-il légitime, peut-on même ajouter, de maintenir en sa faveur cette sûreté sur les conquêts, alors qu'elle possède le droit de disposer seule de valeurs qui sont des biens communs ; et cela, tandis que le mari astreint à subir la gêne de l'hypothèque légale, ne dispose pas librement des conquêts ?

Subjectivement, on peut donner des réponses très différentes aux interrogations qui sont posées ci-dessus.

A notre sens, il est préférable de s'efforcer de résoudre la question d'une façon objective, en se mettant de nouveau en présence du texte de la loi de 1907.

Si l'on fait ainsi, on constatera qu'il concerne seulement des biens communs d'une nature spéciale, les biens réservés, c'est-à-dire des valeurs provenant du travail séparé de la femme. Par suite, les dispositions récentes ne diminuent pas les pouvoirs maritaux, n'accroissent pas la liberté de la femme en ce qui concerne les biens communs ordinaires. A leur égard par conséquent, il y a lieu de conserver la protection résultant de l'hypothèque légale. En particulier, il y a lieu de continuer à reconnaître que cette hypothèque porte toujours sur les conquêts, dans la mesure

où nous l'avons donné comme naturel, au cours de ce travail.

A l'égard des biens réservés, nous avons développé les solutions qui nous paraissaient devoir être adoptées. Elles diffèrent sensiblement assez peu de celles qui nous ont paru s'imposer en faisant abstraction de la loi de 1907. Ce serait cependant au sujet de ces biens réservés que les observations relatives au maintien de l'hypothèque sur les conquêts pourraient présenter une certaine portée. On pourrait dire en somme que la loi récente est une loi féministe ; qu'elle tient la femme mariée pour capable de jouer un rôle dans la vie juridique, et que, lorsqu'elle entre en application, elle supprime l'incapacité de l'épouse. Celle-ci à la faculté de s'obliger sur ses biens réservés, sans même que l'autorisation maritale soit nécessaire ; aussi me paraît-il plus juste de dire que la femme est une éternelle mineure ou de parler de *fragilitas sexus*.

Ce sont là des considérations exactes, en ce sens qu'une tendance du législateur en faveur de plus de liberté pour la femme est notoire et se révèle notamment dans la loi de 1907. Mais il faut prendre garde de s'égarer.

On peut se demander, en législation, si — en présence des idées nouvelles que manifeste particulièrement la loi de 1907 — la raison d'être de l'hypothèque légale de la femme mariée ne doit pas disparaître. Mais, en droit positif, et sous les modifications que nous avons

indiquées dans notre troisième partie les solutions traditionnelles doivent quant à présent être maintenues. Elles sont toujours appuyées par les principes juridiques actuellement en vigueur et dont par conséquent l'observation s'impose à nous.



## CONCLUSION

En résumé et pour conclure, nous espérons avoir montré que le point de savoir si l'hypothèque légale de la femme mariée porte sur les conquêts de communauté présente encore un grand intérêt, surtout au point de vue théorique.

Il ne faut pas oublier cependant que des décisions de jurisprudence ont pu, à différentes reprises, être citées par nous et que souvent elles émanaient de la Cour de cassation. Ce serait donc une erreur que de dire ou de croire, qu'au point de vue pratique, notre question est sans portée.

Les arrêts que nous avons rapportés sont là pour manifester l'inexactitude de cette assertion.

Cette observation faite, il y avait bien lieu, croyons-nous, de reprendre aujourd'hui l'examen de la situation juridique de la femme mariée en ce qui concerne l'exercice de son hypothèque légale sur les conquêts. Le nombre des hypothèses à envisager est en effet plus considérable qu'on n'a paru le penser jusqu'à présent.

Car s'il existe toute une littérature sur la matière dans le cas où la femme est placée sous le régime de communauté ordinaire, la question est beaucoup plus

neuve et n'a guère été étudiée dans le cas où une société d'acquêts a été adjointe au régime dotal. Pourtant cette situation, que vient compliquer l'intervention des principes si rigoureux du régime dotal, est curieuse à étudier. Il n'était pas sans utilité de le faire, puisque — nous l'avons vu — la jurisprudence a eu à intervenir pour résoudre les difficultés qui se présentaient.

La loi du 13 juillet 1907 enfin, à laquelle nous avons cru devoir consacrer la troisième partie de notre travail, contribue à relever l'intérêt du sujet traditionnel sur lequel a porté notre attention. Certains esprits ont eu parfois tendance à étendre à l'extrême la portée que ce texte pouvait présenter. Sans vouloir nier les principes nouveaux qu'il introduit dans notre législation et l'esprit dont il procède, notre intention a été, au cours de notre dernière partie, de déduire objectivement les conséquences qui pouvaient en résulter au point de vue spécial où nous nous plaçons.

Nous serions heureux si notre effort avait abouti, ne fût-ce qu'en partie.

---

Vu : le Doyen,  
CAUWÈS

Vu : le Président de la thèse  
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer  
Le Vice-Recteur de l'Académie  
L. LIARD

## BIBLIOGRAPHIE

### 1° Ancien droit

- BACQUET. — Des droits de justice. Lyon, 1744.  
BOUJON. — Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes. Paris, 1770.  
DENIZART. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle. Paris, 1770.  
DUPLESSIS. — Communauté, éd. de Berroyer et Laurière.  
GUYOT. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Paris, 1784-1785.  
LEBRUN. — Traité de la communauté entre mari et femme, éd. posthume de Hideux. Paris, 1754.  
POTHIER. — Œuvres, éd. Bugnet (1845-1862).  
RENUSSON. — Œuvres, éd. Sérieux. Paris, 1780.

### 2° Droit moderne

- AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français, 4<sup>e</sup> éd. Paris, 1878, 5<sup>e</sup> éd. Paris, 1902.  
BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES. — Du nantissement, 3<sup>e</sup> éd. Paris, 1906.  
BERTAUED. — De l'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts. Paris et Caen, 1852.  
— De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées, 2<sup>e</sup> édit. Paris, 1864.

- BEUDANT. — Cours de droit civil français, les sûretés personnelles et réelles. Paris, 1902.
- COLMET DE SANTERRE (DEMANTE ET). — Cours analytique du Code civil. Paris, 1849-1884.
- CROME. — Handbuch des Französischen Civilrechts, 8<sup>e</sup> éd. (1894).
- DELVINCOURT. — Cours du Code Napoléon. Paris, 1813.
- DURANTON. — Cours de droit civil français. Paris, 1830.
- GRENIER. — Traité des Hypothèques. Clermont-Ferrand, 1822.
- GUILLOUARD. — Traité des privilèges et hypothèques. Paris, 1897.
- HUG. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, 1892-1905.
- LAURENT. — Principes de droit civil français, 3<sup>e</sup> éd. Bruxelles, 1878.
- MARTOU. — Des privilèges et hypothèques. Bruxelles et Paris, 1863.
- PLANIOU. — Traité élémentaire de droit civil, 4<sup>e</sup> éd. Paris, 1908.
- PONT. — Continuation de Marcadé. Explication théorique et pratique du Code Napoléon. Paris, 1859.
- PROUDHON. — Traité des droits d'usufruit, d'usage, etc... Dijon, 1823-1824.
- SURVILLE. — Élément d'un cours de droit civil français. Paris, 1904-1905.
- TESSIER. — De la Dot. Paris, 1835.
- THÉZARD. — Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée. Paris, 1880.
- TOULLIER. — Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Rennes, 1811-1829.
- TROPLONG. — Droit civil expliqué. Paris, 1833-1835.
- VALETTE. — Traité des privilèges et hypothèques. Paris, 1846.
- ZACHARIE. — Cours de Droit civil français traduit de l'allemand. Paris, 1854-1860.

## TABLE DES MATIÈRES

|                                                               | Pages |
|---------------------------------------------------------------|-------|
| PRÉFACE . . . . .                                             | 9     |
| INTRODUCTION. . . . .                                         | 9     |
| PREMIÈRE PARTIE. — Régime de communauté pur                   |       |
| et simple. . . . .                                            | 19    |
| <b>Titre I.</b> — De l'hypothèque légale de la femme mariée   |       |
| sur les conquêts après la dissolution de la                   |       |
| communauté . . . . .                                          | 21    |
| CHAPITRE PREMIER. — Femme renonçante. . . . .                 | 21    |
| I. — <i>Première hypothèse.</i> — Les conquêts se trou-       |       |
| vent dans la masse de l'actif commun à la                     |       |
| dissolution de la communauté . . . . .                        | 21    |
| II. — <i>Seconde hypothèse.</i> — Les conquêts ont été        |       |
| grevés de droits réels par le mari, avant la                  |       |
| dissolution de la communauté. . . . .                         | 24    |
| 1 <sup>o</sup> Ancien droit . . . . .                         | 25    |
| 2 <sup>o</sup> Opinion communément admise par les au-         |       |
| teurs qui ont écrit sous le Code . . . . .                    | 29    |
| 3 <sup>o</sup> Jurisprudence française . . . . .              | 31    |
| 4 <sup>o</sup> Jurisprudence belge et jurisprudence des pays  |       |
| rhénans. . . . .                                              | 33    |
| 5 <sup>o</sup> Opinion dissidente de certains auteurs. Justi- |       |
| fication de la fiction d'après laquelle la femme              |       |
| renonçante est réputée n'avoir jamais été                     |       |
| commune. . . . .                                              | 37    |

|                                                                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE II. — Femme acceptante . . . . .                                                                                                                                         | 51  |
| I. — <i>Première hypothèse.</i> — Les conquêts se trouvent dans la masse de l'actif commun à la dissolution de la communauté. . . . .                                             | 51  |
| II. — <i>Seconde hypothèse.</i> — Les conquêts ont été grevés de droits réels par le mari, avant la dissolution de la communauté. . . . .                                         | 55  |
| 1° Ancien droit. . . . .                                                                                                                                                          | 55  |
| 2° Auteurs qui ont écrit sous le Code . . . .                                                                                                                                     | 57  |
| 3° Jurisprudence française. . . . .                                                                                                                                               | 78  |
| 4° Jurisprudence belge et jurisprudence des pays rhénans . . . . .                                                                                                                | 79  |
| 5° Objection finale à considérer : l'opinion communément admise relativement à la femme acceptante ne repose-t-elle pas sur une fiction? Réfutation. . . . .                      | 81  |
| TITRE II. — De l'exercice de l'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts pendant la durée de la communauté . . . . .                                                  | 84  |
| CHAPITRE PREMIER. — Droits de la femme . . . .                                                                                                                                    | 86  |
| CHAPITRE II. — Droits des créanciers de la femme et des subrogés à son hypothèque légale . . . . .                                                                                | 90  |
| DEUXIÈME PARTIE. — De l'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts dans le régime matrimonial constitué par l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal . . . | 93  |
| I. — <i>Première hypothèse.</i> — Situation au moment de la dissolution du mariage ou en cas de séparation de biens . . . . .                                                     | 95  |
| 1° Femme renonçante . . . . .                                                                                                                                                     | 95  |
| 2° Femme acceptante . . . . .                                                                                                                                                     | 98  |
| II. — <i>Deuxième hypothèse.</i> — Situation avant que la dissolution du mariage ou une séparation de biens ne soit intervenue. . . . .                                           | 105 |

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| TROISIÈME PARTIE.— De la répercussion de la loi                |     |
| du 13 juillet 1907 sur la question de savoir si                |     |
| l'hypothèque légale de la femme frappe les                     |     |
| conquêts de la communauté . . . . .                            | 109 |
| <i>Section I.</i> — Solutions positives . . . . .              | 112 |
| <i>I.</i> — <i>Première hypothèse.</i> — Du régime de com-     |     |
| munauté pur et simple . . . . .                                | 112 |
| 1 <sup>o</sup> Femme renonçante . . . . .                      | 112 |
| 2 <sup>o</sup> Femme acceptante . . . . .                      | 114 |
| <i>II.</i> — <i>Deuxième hypothèse.</i> — Du régime matri-     |     |
| monial constitué par l'adjonction d'une so-                    |     |
| ciété d'acquêts au régime dotal . . . . .                      | 115 |
| <i>III.</i> <i>Troisième hypothèse.</i> — L'ouverture d'un or- |     |
| dre, durant la communauté, pour la distribu-                   |     |
| tion du prix d'un immeuble faisant partie des                  |     |
| biens réservés est-il possible? . . . . .                      | 119 |
| <i>Section II.</i> — Le maintien de l'hypothèque légale        |     |
| de la femme mariée sur les conquêts est-il                     |     |
| nécessaire et légitime en présence de l'esprit                 |     |
| nouveau que manifeste la loi du 13 juillet 1907                | 122 |
| CONCLUSION . . . . .                                           | 127 |
| BIBLIOGRAPHIE . . . . .                                        | 129 |



---

MAYENNE, IMPRIMERIE CHARLES COLIN

---





